

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**RICARDO MORAES FARIA DOS SANTOS**

**ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO: CRÍTICAS AOS POSICIONAMENTOS  
ADOTADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS ACERCA DO  
ARTIGO 171, § 3º., DO CÓDIGO PENAL.**

**CURITIBA  
2009**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**RICARDO MORAES FARIA DOS SANTOS**

**ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO: CRÍTICAS AOS POSICIONAMENTOS  
ADOTADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS ACERCA DO  
ARTIGO 171, § 3º., DO CÓDIGO PENAL.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, do  
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal do Paraná, como requisito parcial à  
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Roberto Bacila

**CURITIBA  
2009**

*(Termo de aprovação)*

## Resumo

A presente monografia tem por objetivo abordar a natureza jurídica do delito de estelionato praticado contra a Previdência Social, isto é, verificar a classificação jurídica mais adequada para o crime consistente no emprego de meios fraudulentos por parte do sujeito ativo com o objetivo de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita economicamente apreciável em prejuízo do Instituto Nacional de Seguridade Social (artigo 171, § 3º, do Código Penal). Deste modo, dedica-se inicialmente um capítulo à apreciação do estelionato em sua modalidade fundamental, tal qual disposto no artigo 171, *caput*, do Código Penal. Superado este capítulo, passa-se efetivamente ao estelionato previdenciário, ressaltando a sua definição, previsão legal, delineamentos históricos e outras peculiaridades. Na sequência, fez-se o estudo sobre algumas das classificações penais utilizadas pela doutrina e pertinentes ao tema. Por fim, quando da análise das classificações apontadas pela jurisprudência e pela doutrina pátria, entendeu-se como mais acertado o posicionamento segundo o qual se trata de crime instantâneo e continuado.

Palavras-chave: “Estelionato”; “Previdência Social”; “Crime Instantâneo”; “Continuidade Delitiva”.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	1
2. DO ESTELIONATO .....	2
2.1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS .....	2
2.2 DO CONCEITO DE ESTELIONATO .....	6
2.2.1 Da fraude .....	7
2.2.2 Do erro .....	10
2.2.3 Da vantagem ilícita .....	12
2.2.4 Da lesão patrimonial .....	15
2.3 BEM JURÍDICO .....	16
2.4 SUJEITOS DO DELITO .....	17
2.5 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA .....	18
3. DO ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO.....	20
3.1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS .....	20
3.2 CONCEITO .....	25
3.3 BEM JURÍDICO E SUJEITOS DO DELITO.....	27
3.4 CONSUMAÇÃO DELITIVA.....	28
4. DAS CLASSIFICAÇÕES PENAS ATINENTES AO ESTELIONATO.....	29
4.1 DO CONCURSO DE CRIMES EM CONTINUIDADE DELITIVA .....	29
4.2 CONCURSO FORMAL .....	33
4.3 CRIME PERMANENTE.....	36
4.4 CRIME INSTANTÂNEO .....	37
4.4.1 Crime instantâneo de efeitos permanentes .....	38
4.5 CRIME COMISSIVO .....	39
4.6 CRIME OMISSIVO .....	40
5. DIVERGÊNCIAS ENTRE AS CLASSIFICAÇÕES ADOTADAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS .....	43
5.1 DA POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	44
5.2 DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	46
5.3 DA CRÍTICA AOS POSICIONAMENTOS ADOTADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	48
5.3.1 Do estelionato previdenciário como crime permanente .....	49
5.3.2 Do estelionato previdenciário como crime instantâneo de efeitos permanentes .....	52

5.3.3 Do estelionato previdenciário como crime instantâneo em concurso formal.....	53
5.3.4 Do estelionato previdenciário como crime instantâneo em continuidade delitiva.....	55
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

## 1. INTRODUÇÃO

Aduz a doutrina que o estelionato, delito previsto no artigo 171 do Código Penal, corresponderia ao emprego de meios fraudulentos por parte do sujeito ativo com o objetivo de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita economicamente apreciável em prejuízo alheio.

Ocorre que o judiciário brasileiro passou a enfrentar, com frequência, a situação de estelionato na qual o sujeito passivo era (é) a Previdência Social. Em tais ações penais verificava-se a perpetração de fraude contra a Autarquia Previdenciária, por meio de recebimento de parcelas indevidas de aposentadoria, auxílio-doença ou outro eventual benefício concedido pelo INSS, decorrentes basicamente da falsificação de documentos ou de vínculos empregatícios não comprovados. Para se referir a este delito passou a doutrina a utilizar-se da expressão “estelionato previdenciário”.

Entretanto, não há uniformidade na jurisprudência pátria acerca da natureza jurídica referente à fraude praticada contra a Autarquia Previdenciária com intuito de receber parcelas beneficiárias indevidas. Segundo a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, o tipo de estelionato contra a Previdência Social é crime permanente. O Supremo Tribunal Federal, contudo, tem posição predominante firmada no sentido de se constituir crime instantâneo de efeitos permanentes.

Ademais, cumpre registrar que a doutrina vem buscando saídas para tal discussão e, atualmente, apresenta a possibilidade de considerar o estelionato previdenciário como concurso de crimes em continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal) ou, ainda, como concurso formal (artigo 70 do Código Penal).

Destaca-se que optar por uma classificação em detrimento das outras acarreta consequências práticas importantes, merecendo especial relevo as questões da prescrição da pretensão punitiva e da autuação em flagrante.

É exatamente da polêmica, viva e discutida nos meios jurídicos, relativa à natureza do estelionato praticado em detrimento da Autarquia Previdenciária que se pretende tratar nesta monografia.

## 2. DO ESTELIONATO

Este capítulo tem por objetivo traçar alguns comentários acerca da conduta típica de estelionato. Ocupar-se-á tão somente do *caput* do artigo 171 do Código Penal, quedando as variadas modalidades e imbricações desse delito, expostas nos incisos do parágrafo segundo do referido artigo, à margem do presente trabalho.

### 2.1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS

O estelionato é cometido desde os primórdios da civilização, sendo que, nos primeiros séculos da nossa era, as punições para tal delito eram severas. Verifica-se, contudo, que esse crime só assumiu objeto próprio, tornando-se entidade distinta e diversificada da falsidade ou de outros crimes contra o patrimônio, nos fins do século XVIII. Até então, o estelionato possuía natureza extraordinária, aplicando-se aos casos em que não fosse possível configurar a conduta como sendo outro delito patrimonial. Nesse sentido, expôs Romeu de Almeida Salles Júnior:

Segundo historiadores, o direito romano antigo desconhecia a figura do delito de estelionato. Achava-se ele era integrado no *dolus malus*, delito privado de criação pretoriana. Ao tempo do império (sec. II D.C.) apareceu tratado genericamente como estelionato. Era delito extraordinário e abrangia casos que não merecessem enquadramento em outro delito de natureza patrimonial.

Continuou o estelionato a ser tratado como delito suplementar no direito intermédio. Não tinha objeto próprio. Somente em fins do século XVIII surgiu o estelionato como entidade distinta, autônoma, diversificando-se da falsidade.<sup>1</sup>

Da mesma forma, Mário Zangari, em sua obra *Do Estelionato*, salienta:

A figura jurídica em aprêço [sic] sofre uma evolução, pois, muitos crimes que eram considerados como de furto na antiga Roma, no Direito

---

<sup>1</sup> SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Apropriação Indébita e Estelionato**: indagações, doutrina, jurisprudência e prática, p. 209.



Intermédio, passaram a constituir crime de estelionato. Como Ravizza esclarece, no Direito Moderno, os criminalistas preocuparam-se em acentuar a distinção existente entre o estelionato e os outros crimes contra o patrimônio.<sup>2</sup>

Ainda, convém destacar o ensinamento de Rogério Greco acerca da origem do estelionato:

Desde que surgiram as relações sociais, o homem se vale da fraude para dissimular seus verdadeiros sentimentos, intenções, ou seja, para, de alguma forma, ocultar ou falsear a verdade, a fim de obter vantagens que, em tese, lhe seriam indevidas. Veja-se o exemplo citado pela Bíblia, que ocorreu entre Jacó e seu pai Isaque. Como seu irmão Esaú tinha o direito de primogenitura, deveria receber a bênção de seu pai, que já se encontrava avançado em idade, prestes a morrer. Jacó, no entanto, induzido por sua mãe, almejando receber a bênção no lugar de seu irmão, aproveitando-se do fato de que seu pai já não mais enxergava, se fez passar por Esaú.<sup>3</sup>

Ademais, Mário Zangari, ao ressaltar os traços históricos existentes, salienta a gravidade com a qual era punido o infrator do delito ora em comento. Dispõe que em diversos povos – como na Índia, Babilônia e Egito – a pena capital era a sanção imposta ao estelionatário. Na antiga China, por sua vez, a fraude era punida com a amputação do nariz:

Na antiga China, existiam leis que puniam a fraude com a amputação do nariz. Entre os hebreus o estelionato também era punido com penas severas. Na Babilônia a pena era mais severa, pois, ao estelionatário, aplicava-se a pena capital.

O Código de Manu, que foi a legislação do povo indiano, contemplava penas severíssimas aos que praticavam o crime de estelionato. Assim é que, segundo Manzini, os estelionatários eram punidos com a pena de morte e seus corpos esquartejados.<sup>4</sup>

Salienta-se que as sanções severas impostas na antiguidade eram aplicadas desde que os infratores pertencessem às castas inferiores. Carlos Roberto Bacila, ao abordar o Código de Manu, assim dispôs:

---

<sup>2</sup> ZANGARI, Mário. **Do Estelionato**: doutrina e prática, p. 13.

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, vol III, p. 240. Cabe mencionar o caráter patrimonial decorrente da aludida bênção, eis que com esta tornava-se o primogênito senhor de todos os bens da família.

<sup>4</sup> ZANGARI, M. Obra Citada, p. 11-12.

Na Índia, o Código de Manu (Manava-Dharma-Sastra), que remonta ao século XIII a.C., atribui ao Deus Brahma o direito de castigar, que o delega ao rei. A legislação que já conseguia distinguir, ainda que de maneira rudimentar, o dolo da culpa e do caso fortuito, entretanto, pertencia a um povo rigorosamente dividido em classes sociais, baseado na crença religiosa mas que, no fim de tudo, fazia com que os ricos não sofressem penas corporais e que os membros das castas superiores ficassem impunes ainda que praticassem crimes.<sup>5</sup>

Deveras, extremamente rigorosas as leis primitivas que puniam os integrantes das castas inferiores que cometessem o estelionato. Quanto à pena de morte, entende-se que essa medida é ineficaz e em nada contribui para a redução do índice de criminalidade, tal qual manifestado por Cesare Beccaria:

A pena de morte, pois, não se apóia em nenhum *direito*. É guerra que se declara a um cidadão pelo país, que considera necessária ou útil a eliminação desse cidadão. Se eu provar, contudo, que a morte nada tem de útil ou de necessário, ganharei a causa da humanidade. [...] A experiência de todos os séculos demonstra que a pena de morte jamais deteve celerados determinados de praticar o mal. [...] O rigor do castigo faz menor efeito sobre o espírito do homem do que a duração da pena, pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente atingida por uma impressão ligeira, porém freqüente, do que por abalo violento, porém passageiro.<sup>6</sup>

Por fim, quanto às penas corporais impostas, como a amputação do nariz do infrator, verifica-se que tal sanção serviria como fator estigmatizante. Seria uma maneira utilizada de forma oficial pelos governantes de se criar, embora tal criação seja absurda e inaceitável, duas espécies de seres: os estigmatizados e os “normais”.

Acerca dos estigmas, convém ressaltar o trabalho de Carlos Roberto Bacila, segundo este:

Estigma é um sinal ou marca que alguém possui, que recebe um significado depreciativo. No início era uma marca oficial gravada a fogo nas costas ou no rosto das pessoas. Entretanto, não se trata somente de atributos físicos, mas também da imagem social que se faz de alguém para inclusive poder-se controlá-lo e até mesmo de linguagem de relações, para empregar expressão de Erving Goffman, que compreende que o estigma gera profundo descrédito e pode também ser entendido como defeito, fraqueza e desvantagem. Daí a criação absurda de duas espécies de seres: os

---

<sup>5</sup> BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos, p. 63.

<sup>6</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, p. 52-53.

estigmatizados e os “normais”, pois, afinal, considera-se que o estigmatizado não é completamente humano.<sup>7</sup>

Adentrando na Legislação Brasileira, vislumbra-se que o Código de 1830 trazia um tipo penal com a denominação de estelionato (artigo 264), no qual se ressaltava o artifício e a fraude para a consumação do aludido delito.

Subsequente, na Consolidação das Leis Penais de 1932, elaborada por Vicente Piragibe, contemplava-se a figura do estelionato no artigo 338. De forma semelhante ao que ocorre no atual artigo 171 do Código Penal, consagrou o legislador, naquele dispositivo, diversas modalidades de fraude que engendrariam a realização do tipo. A pena, por sua vez, assumia os ensinamentos do princípio humanitário. Deste modo, havia previsão de pena privativa de liberdade (prisão celular) de um a quatro anos, acrescida de multa no importe de 5 a 20% do valor do objeto sobre o qual recaísse o crime.

Por fim, o projeto de Alcantara Machado convertido no Código Penal de 1940 impôs algumas alterações acerca do dispositivo previsto no Código de 1890. No que concerne a essas modificações, resalta-se, novamente, o ensinamento de Mário Zangari:

Assim é que, prevê a circunstância não só da vantagem auferida pelo crime, em benefício do estelionatário, mas também de terceiro e considera fraude não sómente [sic] aquela que induz a vítima em erro [sic], mas também qualquer emprêgo [sic] fraudulento que mantenha o sujeito passivo do crime em erro [sic] preexistente.

Como focaliza o ex-Ministro Francisco Campos na “Exposição de Motivos”, o próprio silêncio, quando malicioso ou intencional acêrca [sic] do preexistente erro [sic] da vítima, constitui meio fraudulento característico do estelionato.<sup>8</sup>

Impende registrar, ainda, que as sanções previstas sofreram pequeno gravame. A pena privativa de liberdade passou a constar no liame entre um e cinco anos de reclusão, bem como a pena de multa passou a ser fixada com vistas em dias-multa, seguindo a regra do atual artigo 49 do Código Penal.

---

<sup>7</sup> BACILA, C. R. Idem, p. 24-25.

<sup>8</sup> ZANGARI, M. Obra Citada, p. 22.

## 2.2 DO CONCEITO DE ESTELIONATO

A palavra estelionato tem origem em *stellio* que significa camaleão. Da mesma forma que este animal tem a capacidade de mudar de cor, confundindo a sua presa e o seu predador, tal fato ocorre com o estelionatário. Este, em razão dos seus “disfarces”, engana a vítima utilizando-se de meios fraudulentos, objetivando êxito em sua empresa criminosa.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 171, *caput*, dispõe que o estelionato consistiria em “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.”

Conforme leciona Salles Júnior, não se tem no *codex* uma autêntica definição, eis que o legislador preferiu tão-somente elencar os elementos constitutivos. Criou-se, deste modo, uma fórmula genérica na qual os componentes aparecem em destaque.

Não resta dúvida de que o delito pode apresentar-se nas mais diversas formas. Porém, por mais engenhosa que seja a trama, para que se tenha o estelionato é necessário que estejam presentes os seus elementos constitutivos e que são postos em relevo pelo art. 171 do Cód. Penal. Ausente um desses elementos, não se verificará a configuração do crime em estudo.<sup>9</sup>

Mas quais seriam os elementos constitutivos inerentes à redação do artigo 171 do Código Penal? Responde Magalhães Noronha:

Várias e imprevisíveis são as formas que o estelionato pode assumir, mas todas têm de apresentar elementos comuns, sob pena de não se caracterizar o crime, podendo, então, surgir outro delito. Se quisermos decompô-lo em seus elementos, de maneira ampla, e abstraídos o sujeito ativo, o passivo e o dolo que aparecem em todo crime, podemos dizer que lhe são característicos: a) a consecução da vantagem ilícita; b) o emprego de meio fraudulento; c) o erro causado ou mantido por esse meio; d) o nexo de causalidade entre o erro e a prestação da vantagem; e) a lesão patrimonial. Se preferirmos sintetizar, podemos circunscrever o crime a: meio fraudulento; erro causado ou mantido; vantagem indevida; lesão ao patrimônio. Resume-se assim o crime ao polinômio: meio fraudulento + erro

---

<sup>9</sup> SALLES JÚNIOR, R. de A. Obra Citada, p. 213.

+ vantagem ilícita + lesão patrimonial = estelionato.<sup>10</sup>

Oportuno se faz, portanto, analisar cada um dos elementos trazidos à baila para a configuração do crime de estelionato, ressaltando que os elementos abordados pela doutrina convergem com os componentes legalmente previstos.

### 2.2.1 Da fraude

A fraude é a característica fundamental do estelionato, é a ação física do delito. Trata-se de crime no qual, ao invés da violência ou da ameaça, o sujeito ativo faz uso de estratégias para induzir a vítima em erro, objetivando vantagem ilícita em prejuízo alheio.

Neste sentido, dispõe Salles Júnior ao alegar que “o estelionato distancia-se dos crimes patrimoniais violentos, uma vez que o estelionatário emprega a argúcia, de diversas maneiras, para iludir a vítima e conduzi-la ao erro”.<sup>11</sup> Deste modo, a ação do sujeito ativo se limita ao emprego da fraude, sendo o erro (ou a manutenção deste) e a vantagem ilícita conseqüências dessa atividade.

Entretanto, o meio fraudulento deve ser idôneo a induzir a vítima em erro, e tal idoneidade deve ser analisada levando-se em conta as condições pessoais da vítima e as circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido é o ensinamento de Mirabete:

O meio fraudulento deve ser idôneo a enganar a vítima. Discute-se, na aferição da idoneidade do meio empregado, se deve ser levada em consideração a prudência ordinária, o discernimento do *homo medius*, ou a pessoa da vítima, concluindo os doutrinadores por esta última hipótese. Embora já se tenha decidido que as manobras fraudulentas devem ser suficientes para embair a média argúcia, a prudência normal, aquele mínimo de sagacidade que a pessoa comum usa em seus negócios (RT 483/345), é francamente predominante a jurisprudência de que a idoneidade do meio deve ser pesquisada no caso concreto, inclusive tendo-se em vista as

<sup>10</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, Vol II, p. 369.

<sup>11</sup> SALLES JÚNIOR, R. de A. Obra Citada, p. 211.

condições pessoais da vítima (RT 503/327).<sup>12</sup>

Posicionamento convergente ao de Mirabete fora explanado por Luiz Regis Prado, do qual se extrai:

Para que haja estelionato, há necessidade de o meio fraudulento ser idôneo. Contudo, tal idoneidade deve ser apreciada em relação à prudência da pessoa do iludido e não levando-se em consideração a sagacidade ordinária. Aqueles que defendem a teoria de que deve ser observada a prudência do *homo medius* esquecem-se de que são justamente os ingênuos e os simplórios as vítimas preferenciais dos estelionatários, já que têm eles maiores dificuldades com os argutos, de forma que são aqueles que merecem a tutela penal. Assim, apesar de a fraude ser por vezes aparentemente grosseira, deixará de sê-lo se foi suficiente para iludir a vítima.<sup>13</sup>

Sob outro ângulo, diversas são as modalidades possíveis de fraude, tratando-se, portanto, de gênero do qual derivam várias espécies. Entre as espécies, houve por bem o legislador ressaltar a existência de duas, quais sejam, artifício e o ardil. Contudo, de modo a manter certa abertura no regramento jurídico, também inseriu a expressão “qualquer outro meio fraudulento”. Sobre esse assunto, expôs Rogério Greco:

Na verdade, conforme se verifica pela interpretação analógica determinada pelo *caput* do art. 171 do Código Penal, artifício e ardil fazem parte do gênero *fraude*, isto é, o engano, a artimanha do agente, no sentido de fazer com que a vítima incorra em erro ou, pelo menos, nele permaneça. Qualquer meio fraudulento utilizado pelo agente, seja mediante dissimulações, seja até mesmo de uma *reticência maliciosa*, que faça a vítima incorrer em erro, já será suficiente para o raciocínio relativo ao delito de estelionato. No que diz respeito à reticência maliciosa, Hungria fornecia o exemplo do colecionador que adquiria de alguém, sem qualquer experiência no ramo de antiguidades ou raridades, uma peça de grande valor, por preço irrisório, por desconhecer a sua importância, fazendo com que a vítima permanecesse em erro com relação ao valor do bem que estava sendo vendido.<sup>14</sup>

Para fins didáticos, imperioso se faz diferenciar ardil de artifício, visando uma melhor compreensão do assunto.

Artifício é a fraude em um sentido material, isto é, quando o agente faz uso

<sup>12</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial, Vol. II, p. 290.

<sup>13</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial, Vol. II, p. 585.

<sup>14</sup> GRECO, R. Obra Citada, p. 244.

de aparatos ou mecanismos que alteram, no mínimo aparentemente, o aspecto da coisa. Como exemplo, podemos citar o documento falso, o disfarce, utilização de efeitos de luz, entre outros.

Artifício, lexicologicamente, significa produto de arte, trabalho de artistas. Nesse sentido, portanto, pode dizer-se haver artifício quando há certo aparato, quando se recorre à arte, para mistificar alguém. Pode o artifício manifestar-se por vários modos: consistir em palavras, gestos ou atos; ser ostensivo ou tácito; explícito ou implícito; e exteriorizar-se em ação ou omissão.<sup>15</sup>

Sob outro viés, ardil seria a fraude em seu sentido imaterial, isto é, dirigida ao intelecto da vítima com o intuito de formar uma convicção ilusória, irreal.

Quanto ao ardil, dão-nos os dicionários os sinônimos de astúcia, manha e sutileza. Já não é de natureza tão material quanto o artifício, porém mais intelectual. Dirige-se diretamente à psique do indivíduo, ou, na expressão de Manzini, à sua inteligência ou sentimento, de modo que provoque erro mediante *falsa aparência lógica ou sentimental*, isto é, excitando ou determinando no sujeito passivo convicção, paixão, ou emoção, e criando destarte motivos ilusórios à ação ou omissão desejada pelo sujeito ativo.<sup>16</sup>

Todavia, tal distinção não possui qualquer utilidade prática, eis que a ação se realiza por meio do emprego da fraude, no uso do meio fraudulento, independente de qual a espécie adotada. É o próprio Magalhães Noronha que salienta:

Não nos parece tão segura e constante qualquer diferença entre o ardil e o artifício, e, de qualquer modo, em face de nossa lei, toda diferença seria de valor relativo, uma vez que, após mencioná-los, alude a *qualquer outro meio fraudulento*, usando, assim, fórmula a mais ampla possível. Empregando essa expressão, ela se refere a qualquer atitude ou comportamento que provoque ou mantenha o erro, do qual advirão a vantagem ilícita e o dano patrimonial. Com o emprego do *meio fraudulento*, na oração, podia até a lei deixar de referir-se ao ardil e ao artifício, pois estes, sem dúvida, estão nele incluídos, tal o sentido compreensivo que tem.<sup>17</sup>

Outrossim, tendo por certo que o direito penal só deve ser aplicado como *ultima ratio*, torna-se questão complexa a distinção da fraude penal daquela de

---

<sup>15</sup> NORONHA, E. M. Obra Citada, p. 374.

<sup>16</sup> NORONHA, E. M. Idem, ibidem.

<sup>17</sup> NORONHA, E. M. Idem, ibidem.

natureza civil. Em que ponto ter-se-ia a distinção entre o “engano” tolerável e o “engano” criminoso?

Indubitável é o fato de que, em seu cerne, nada há de diverso entre o delito civil e o delito penal, vez que ambos consistem em rebeldia contra a ordem jurídica. Assim sendo, a diferença quedaria na maior gravidade que é inerente à fraude entendida como criminosa. Ocorre que, respondida a primeira pergunta, outra ressaí: quem determinaria o grau de reprovação de cada conduta?

Acerca dessa nova indagação, aduz Rogério Greco:

Quem determina a gravidade da fraude e, conseqüentemente, a necessidade de criação da figura típica é o legislador, que atua movido por questões de política-criminal, que variam de acordo com cada momento pelo qual atravessa a sociedade. Assim, não há, na verdade, qualquer critério predeterminado que tenha o condão de traçar, com precisão, a diferença entre fraude civil e fraude penal, pois que até a valoração de sua intensidade é levada a efeito de acordo com o sentimento político de cada época. Dessa forma, o que antes poderia ser entendido como fraude de natureza civil, amanhã já poderá receber a valoração exigida pelo Direito Penal. Portanto, estamos com Cezar Roberto Bitencourt quando sentencia que “não há critério científico que abstrata ou concretamente distinga, com segurança, uma fraude da outra.”<sup>18</sup>

Depreende-se, portanto, que a fraude – elemento constitutivo e cerne do estelionato – adquire natureza penal e, conseqüentemente diverge da fraude civil, em conformidade com os anseios político-criminais estipulados pelo legislador, cabendo a este estabelecer quais os bens jurídicos tutelados que se ofendidos por meio de fraude ensejarão a persecução penal. Retira-se do arbítrio do magistrado ou dos operadores do direito, destarte, a enumeração das condutas proibidas e penalmente relevantes.

## 2.2.2 Do erro

O segundo elemento essencial do “polinômio”, conforme suscitado por Magalhães Noronha quando da introdução desse capítulo, refere-se ao erro. Este

---

<sup>18</sup> GRECO, R. Obra Citada, p. 241.



nada mais é que o conhecimento equivocado da realidade.

Neste mesmo sentido, expôs Salles Júnior que o “erro pode ser conceituado como a manifestação viciada da vontade. É a falsa representação ou desconhecimento da realidade.”<sup>19</sup> Haverá erro quando existir desconformidade entre a representação e a realidade.

Para melhor compreender o significado de erro, recorre-se a Marcus Cláudio Acquaviva que, em termos mais amplos, expõe:

Do latim *error*, enganar-se, desviar-se.  
Percepção falsa de realidade. No erro, o conhecimento existe, mas não corresponde à realidade, sendo o falso tomado por verdadeiro ou este por falso. Não se confunde com a ignorância, pois esta implica a ausência de conhecimento. Em direito, o erro é vício de consentimento.<sup>20</sup>

Portanto, ao agir, o estelionatário induz ou mantém a vítima em erro visando – com tal conduta – obter vantagem patrimonial ilícita. Logo, o delito pode ser cometido tanto por ação (induzimento) como por omissão (manter). Oportuna a lição de Rogério Greco:

Induzir a erro é fazer nascer a representação equivocada na vítima. O agente, mediante sua fraude, cria no espírito da vítima um sentimento que não condiz com a realidade. Pode ocorrer, entretanto, que a vítima já tenha incorrido, sem qualquer influência do agente, em erro. Nesse caso, se a representação distorcida da realidade já existia, não se poderá falar em induzimento. No entanto, a lei penal também considera como uma das formas de se praticar o estelionato a *manutenção em erro*, vale dizer, o agente, mesmo sabendo que a vítima tinha um conhecimento equivocado da realidade, a mantém nessa situação, com a finalidade de obter vantagem ilícita, em seu prejuízo.<sup>21</sup>

Da exposição do pensamento de Rogério Greco, imperioso destacar dois comentários.

Primeiro: enquanto a vantagem ilícita é sempre posterior à fraude, o erro poderá ser anterior (e neste caso o estelionatário manterá a vítima em erro) ou posterior a esta (caso de induzimento ao erro). Registre-se:

<sup>19</sup> SALLES JÚNIOR, R. de A. Obra Citada, p. 247.

<sup>20</sup> ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro**, p. 536.

<sup>21</sup> GRECO, R. Obra Citada, p. 243.

Já examinamos que o erro precede à obtenção da vantagem ilícita no estelionato. Face à fórmula empregada pelo Cód. Penal, com relação ao momento do erro, chega-se à conclusão que este pode ser posterior ao meio fraudulento ou pode pré-existir ao meio iludente. Por tal motivo, o legislador utilizou-se das expressões “induzindo ou mantendo alguém em erro”. Na hipótese de induzimento em erro, a desconformidade entre a representação e a realidade é consequência do emprego do meio iludente. Na hipótese de manutenção em erro, este já existe quando do emprego do meio fraudulento. O meio iludente passa a ser condição de persistência do erro.<sup>22</sup>

O segundo comentário decorre da última frase da citação, na qual Rogério Greco dispõe a situação em que o estelionatário mantém a vítima em erro com a finalidade de obter vantagem ilícita em prejuízo daquela. Pois bem, ocorre que nem sempre a pessoa enganada é a que arcará com o prejuízo, sendo que isto não desnatura o crime, vez que o tipo não exige que o erro seja daquele que padece a lesão patrimonial. Nesse sentido, ressalta Celso Delmanto acerca do sujeito passivo do delito:

Qualquer pessoa, mas deve ser determinada, porquanto não há estelionato contra pessoa *incerta*, assinalando-se que podem existir dois sujeitos passivos, no caso de a pessoa enganada ser diversa da prejudicada.<sup>23</sup>

Embora sucintas, tais explanações acerca do erro se fazem suficientes para a perfeita compreensão deste trabalho. Ressalta-se que a questão atinente ao sujeito passivo será mais bem abordada em tópico próprio (item 3.4), ocasião na qual expor-se-á críticas acerca da “pluralidade de vítimas”.

### 2.2.3 Da vantagem ilícita

O terceiro elemento constitutivo do estelionato consiste na vantagem ilícita, a qual deve ser também indevida. Neste sentido, salienta Romeu de Almeida Salles Júnior:

<sup>22</sup> SALLES JÚNIOR, R. de A. Obra Citada, p. 249.

<sup>23</sup> DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**, p. 518.

Os autores costumam advertir no sentido de que a vantagem obtida deve ser *indevida*. A restrição é feita pelo fato de que, se a vantagem objetivada pelo agente for justa, teremos a possibilidade de configuração de outro delito, que não o estelionato. Se o sujeito ativo busca a obtenção de alguma vantagem que é justa, o crime a ser identificado poderá ser o do art. 345 do Cód. Penal, denominado “exercício arbitrário das próprias razões”.<sup>24</sup>

Rogério Greco corrobora com a citação acima exposta:

O crime de estelionato é regido pelo binômio *vantagem ilícita/prejuízo alheio*. A conduta do agente, portanto, deve ser dirigida a obter *vantagem ilícita*, em *prejuízo alheio*. Assim, de acordo com a redação legal, a primeira indagação seria no sentido de saber o significado da expressão vantagem ilícita. Ilícita é a vantagem que não encontra amparo no ordenamento jurídico, sendo, na verdade, contrária a ele. Se a vantagem perseguida pelo agente fosse lícita, o fato poderia ser desclassificado para outra infração penal, a exemplo do crime de exercício arbitrário das próprias razões.<sup>25</sup>

Vislumbra-se, porém, que o termo “vantagem ilícita” é bastante abrangente, fator este responsável por uma grande discussão doutrinária: a vantagem ilícita prevista para o estelionato abrange qualquer tipo de vantagem ou apenas as de natureza patrimonial?

Magalhães Noronha explicita que a vantagem pode não ser econômica, indicando que quando a lei quis restringir a sua interpretação, como no caso da extorsão, fora utilizado o termo “indevida vantagem econômica”<sup>26</sup>. Portanto, para ele, a interpretação deveria ser a mais abrangente possível.

Da mesma forma, defende Luiz Regis Prado:

O núcleo do tipo é representado pelo verbo *obter* (alcançar, conseguir). No delito de estelionato, o agente obtém vantagem ilícita em prejuízo alheio. *Vantagem ilícita* é todo benefício ou proveito contrário ao Direito, constituindo, portanto, elemento normativo jurídico do tipo de injusto. Prevalece o entendimento doutrinário de que a referida vantagem não necessita ser econômica, já que o legislador não restringiu o seu alcance como o fez no tipo que define o crime de extorsão, no qual empregou a expressão *indevida vantagem econômica*.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> SALLES JÚNIOR, R. de A. Obra Citada, p. 252.

<sup>25</sup> GRECO, R. Obra Citada, p. 242.

<sup>26</sup> NORONHA, E. M. Obra Citada, p. 381.

<sup>27</sup> PRADO, L. R. Obra Citada, p. 580.

Em que pese o renome e o brilhantismo dos doutrinadores supracitados, ousa-se deles divergir. Entende-se que a interpretação literária não é a mais adequada para a compreensão do Direito, motivo pelo qual, pugna-se pela interpretação sistemática. Ora, não é pelo fato de o artigo não ter disposto que a vantagem ilícita deve ser econômica que se poderá abranger qualquer benefício indevido para a consumação do estelionato.

Rogério Greco, criticando o posicionamento adotado pela doutrina majoritária (possibilidade de qualquer vantagem ilícita, não somente econômica), assim dispôs:

*Permissa vênia*, não podemos concordar com essa posição, amplamente majoritária, assumida pela nossa doutrina. Isso porque, conforme já esclarecemos ao levar a efeito o estudo do delito tipificado no art. 159 do Código Penal, não podemos analisar os tipos penais isoladamente, como se fossem estrelas perdidas, afastadas de qualquer constelação. Por isso, não podemos abrir mão, conforme já assinalada naquela oportunidade, da chamada *interpretação sistêmica*. Dessa forma, encontrando-se o tipo penal que prevê o delito de estelionato inserido no Título II do Código Penal, correspondente aos crimes contra o patrimônio, o raciocínio não poderia ser outro senão o de afirmar que a vantagem ilícita, obtida pelo agente, deve ter natureza econômica. Assim, qualquer vantagem *economicamente apreciável* poderá se amoldar ao delito em estudo, seja ela a obtenção de coisa móvel, imóvel, direitos pertencentes à vítima, enfim, qualquer vantagem em que se possa apontar a sua essência econômica. Caso contrário, ou o fato será atípico ou poderá se consubstanciar em outras infrações penais em que a fraude faça parte do tipo penal, tal como ocorre nos crimes contra os costumes, com o delito de atentado violento ao pudor mediante fraude, tipificado no art. 216 do Código Penal.<sup>28</sup>

Capez, também enaltece a obrigatoriedade da vantagem ser econômica, eis que se trata de crime patrimonial<sup>29</sup>. Por fim, ressalta-se a explanação de Romeu de Almeida Salles Júnior:

Não podemos perder de vista outro ponto de importância. O estelionato é crime material e de dano. Como crime *material* o tipo descreve a ação e o resultado. Como delito de *dano* ele se consuma com a efetiva lesão ao bem jurídico protegido, nesse caso, o patrimônio. Assim, o prejuízo sofrido pela vítima passa a apresentar-se como elemento de importância para a compreensão do delito. Basta atentar para o fato de

<sup>28</sup> GRECO, R. Obra Citada, p. 242-243. Embora o citado art. 216 tenha sido revogado pela Lei 12.015/2009, a aludida argumentação permanece válida. Para tanto, basta verificar o conteúdo do novo art. 215, o qual tipifica a "violação sexual mediante fraude".

<sup>29</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial, Vol. II, p. 506.

que o estelionato está capitulado entre os crimes patrimoniais, daí relacionar-se esta figura a um prejuízo ao patrimônio do sujeito passivo, vale dizer, a uma lesão a esse bem que o legislador penal houve por bem tutelar.<sup>30</sup>

A vantagem ilícita é elemento constitutivo do delito de estelionato, entende-se, porém, que este proveito, além de indevido, deve ser apreciável economicamente, eis que se trata de crime inserido no Título II do Código Penal, o qual corresponde aos delitos contra o patrimônio.

#### 2.2.4 Da lesão patrimonial

Como quarto elemento constitutivo do crime de estelionato, tem-se, a lesão patrimonial (prejuízo alheio). Depreende-se que, concomitantemente à obtenção da vantagem ilícita pelo sujeito ativo, é imprescindível o prejuízo para a vítima. Há, em verdade, o já citado binômio vantagem ilícita/prejuízo alheio.

Ressalta-se que a lesão patrimonial se dá tanto pela diminuição de uma utilidade econômica quanto pela não aquisição da mesma em decorrência da fraude. Nas palavras de Magalhães Noronha:

Expressa o legislador o segundo elemento do resultado pela expressão *prejuízo alheio*. É o dano, que é elemento integrante do crime. No dizer de Tolomei ele é dado pela “diferença entre o valor econômico que o patrimônio da vítima tem depois e em consequência da disposição provocada pelo erro, e o valor econômico que teria se não tivesse realizado a fraude”. Deve ele resultar ou da perda de uma utilidade econômica, ou da falta de sua aquisição, como consequência do erro causado pelo sujeito ativo, à custa do meio fraudulento.<sup>31</sup>

No mesmo sentido, assevera Luiz Regis Prado:

O prejuízo alheio, porém, como já se disse, há que ser de natureza patrimonial e efetiva, já que o estelionato não é crime de perigo, mas sim de resultado. A lesão ao patrimônio do sujeito passivo pode ocorrer tanto pela sua diminuição como por fator impeditivo de aumento. Leciona-se que não se deve confundir o dano com o gozo de posteriores vantagens obtidas pelo

<sup>30</sup> SALLES JÚNIOR, R. de A. Obra Citada, p. 252.

<sup>31</sup> NORONHA, E. M. Obra Citada, p. 381.

agente. Assim, se este obtém fraudulentamente uma cambial da vítima, com a própria aquisição do título consuma-se o delito, porque o desfalque da letra de câmbio do sujeito passivo diminuiu o seu patrimônio, aumentando, em contrapartida, o do iludente. Não há necessidade, para a concreção do dano, de que o título seja resgatado pelo devedor, que, *in casu*, representa o lucro efetivo do agente, requisito esse não exigido pelo legislador para a configuração do crime, já que o tipo legal se satisfaz com a vantagem ilícita, expressa pela obtenção do título.<sup>32</sup>

Logo, o prejuízo alheio – elemento constitutivo do tipo – pode ser caracterizado tanto pela diminuição do patrimônio da vítima como pelo impedimento da elevação deste. Ainda, tal elemento possui íntima relação com a vantagem ilícita, vez que o lucro disponibilizado de forma criminosa para o próprio estelionatário ou para terceiro ocorre em detrimento da vítima.

## 2.3 BEM JURÍDICO

Primeiramente, é necessário esclarecer que o objeto jurídico é o bem-interesse resguardado pela norma penal, sendo “bem” tudo aquilo que satisfaz uma necessidade humana e “interesse” um conceito de conotação psicológica que traz a respectiva valorização do bem.<sup>33</sup>

No mesmo sentido, aduzem Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli que “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.”<sup>34</sup>

Transportando tal conceito para o estelionato, depreende-se que o bem jurídico tutelado é o patrimônio, custodiando para tanto o interesse social e o interesse público. Assim dispõe Cezar Roberto Bitencourt:

---

<sup>32</sup> PRADO, L. R. Obra Citada, p. 588.

<sup>33</sup> SALLES JÚNIOR, R. de A. Obra Citada, p. 221.

<sup>34</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, p. 439.

O bem jurídico protegido é a inviolabilidade do patrimônio, particularmente em relação aos atentados que podem ser praticados mediante fraude. Tutela-se tanto o *interesse social*, representado pela confiança recíproca que deve presidir os relacionamentos patrimoniais individuais e comerciais, quanto o *interesse público* de reprimir a fraude causadora de dano alheio.<sup>35</sup>

Da mesma forma, ressei do ensinamento de Salles Júnior:

Analisando o estelionato como delito patrimonial, pode-se chegar à conclusão de que a lei protege um interesse puramente individual, bem como a lisura das relações jurídicas. Ocorre que, zelando pela regularidade dos negócios, a lei estende a proteção a um interesse social. Existe interesse público voltado para a repressão à fraude, capaz de provocar prejuízo alheio. A lei tutela condições necessárias à vida em sociedade, embora constituam atividades individuais.<sup>36</sup>

Deste modo, o legislador ao tipificar o delito de estelionato visou resguardar o patrimônio dos atentados perpetrados mediante uso de fraude, além de conferir segurança aos negócios jurídicos individuais e, por consequência, o interesse público envolto nas relações jurídicas dessa estirpe.

## 2.4 SUJEITOS DO DELITO

Dividem-se os sujeitos do delito em ativo e passivo. Enquanto o primeiro é aquele que perpetra a ação típica, antijurídica e culpável; o segundo é aquele que sofre os efeitos da conduta do primeiro, ou seja, é o indivíduo vulgarmente chamado de vítima.

Ressalta-se ainda que o tipo de estelionato é classificado como “comum”, eis que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, bem como qualquer um pode figurar como sujeito passivo.

Todavia, é necessário que o sujeito passivo seja pessoa determinada, vez que se a conduta for praticada em detrimento de um número indefinido de indivíduos, o delito poderá ser classificado como crime contra a economia popular

<sup>35</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial, Vol. III, p. 273.

<sup>36</sup> SALLES JÚNIOR, R. de A. Obra Citada, p. 222.

(Lei nº. 1.521/1951) ou mesmo como uma das infrações de consumo previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990). Outrossim, a vítima deve possuir capacidade de discernimento para que possa ser induzida ou mantida em erro, caso contrário a ação poderá ser desclassificada para o delito de abuso de incapazes, delineado no artigo 173 do Código Penal<sup>37</sup>.

Por fim, há que se destacar que parte da doutrina<sup>38</sup> aduz a possibilidade de pluralidade de sujeitos passivos. Tal fato verificar-se-ia quando a pessoa induzida ou mantida em erro é diversa daquela que sofre a lesão patrimonial. Entretanto, conforme bem ressalva Bitencourt<sup>39</sup>, não há que se perder de vista que o bem jurídico protegido é o patrimônio. Deste modo, sujeito passivo – a vítima efetiva – seria aquele que suporta o dano material, que sofre o prejuízo patrimonial e não aquele que foi induzido ou mantido em erro.

## 2.5 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Sendo o resultado do estelionato constituído pela vantagem ilícita e prejuízo alheio, certo é que o delito se consuma com a consecução desse binômio. Daí ressalta o fato de a doutrina classificar o estelionato como crime material. Eis a lição de Salles Júnior:

O crime de estelionato é delito material e de dano. É material, porque o tipo descreve a ação e o resultado. É delito de dano porque somente se consuma com a efetiva lesão do bem jurídico protegido pela norma. Trata-se de crime contra o patrimônio e sua consumação se verifica quando se torna efetiva a obtenção da vantagem ilícita com o conseqüente prejuízo ou lesão patrimonial para a vítima.<sup>40</sup>

Ademais, sendo o delito material e plurissubsistente, seu fracionamento é

<sup>37</sup> GRECO, R. Obra Citada, p. 246.

<sup>38</sup> Cf. SALLES JÚNIOR, R. de A. Obra Citada, p. 227; DELMANTO, Celso *et al.* Obra Citada, p. 518.

<sup>39</sup> BITENCOURT, C. R. Obra Citada, p. 274.

<sup>40</sup> SALLES JÚNIOR, R. de A. Obra Citada, p. 291.



possibilitado. Assim, o *iter criminis* pode ser interrompido em decorrência de fatores estranhos à vontade do sujeito ativo, admitindo-se, portanto, a tentativa. Neste sentido, expôs Magalhães Noronha:

Mas entre o meio fraudulento e o resultado projeta-se um *iter criminis* que pode ser interrompido, havendo, então, tentativa, pois houve começo de execução, sem se chegar à consumação. Melhor que muitos outros delitos, o estelionato pode oferecer casos de tentativa, em que a ação é interrompida prestes a realizar-se a consumação: assim na hipótese em que o agente consegue, com emprego de meios fraudulentos, enganar a vítima, e, quando ela está a entregar a vantagem indevida, o que concomitantemente lhe acarretará prejuízo, intervém terceiro, que, ciente do engodo e do erro, impede essa entrega.<sup>41</sup>

Por fim, há que se destacar que – em se tratando de tentativa – deve-se apreciar a idoneidade do meio empregado. Não sendo o meio utilizado propício para induzir ou manter o sujeito passivo em erro, ter-se-á, ao invés da tentativa, crime impossível por ineficácia absoluta do meio, conforme prevê o artigo 17 do Código Penal.

---

<sup>41</sup> NORONHA, E. M. Obra Citada, p. 389.

### 3. DO ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO

O ordenamento jurídico brasileiro não possui tipo autônomo referente ao chamado “estelionato previdenciário”, sendo este regrado pelo artigo 171, *caput*, do Código Penal cominado com a causa de aumento prevista no parágrafo terceiro do mesmo.

Art. 171 – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa. [...]

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Todavia, antes de adentrar na discussão acerca do tipo e correspectiva pena, convém analisar alguns outros fatores como o retrospecto histórico e o conceito do delito em comento.

#### 3.1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS

Como retrospecto histórico, depreende-se que o delito em comento era anteriormente previsto no artigo 95, alínea *j*, da Lei nº. 8.212/91, o qual dispunha:

Art. 95. Constitui crime: [...]

j) obter ou tentar obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo direto ou indireto da Seguridade Social ou de suas entidades, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, contrafação, imitação, alteração ardilosa, falsificação ou qualquer outro meio fraudulento.

Tem-se que a Lei nº. 8.212/91 aborda<sup>42</sup> o tema referente ao financiamento e organização da Seguridade Social, bem como regulou a matéria objeto da Lei nº.

---

<sup>42</sup> Embora os artigos relativos aos crimes previdenciários tenham sido revogados, a referida lei continua em vigor no que concerne ao financiamento e organização da Seguridade Social.

3.807/60 em sua totalidade. Deste modo, as condutas tipificadas no já referido art. 95 passaram a ser tratadas como crimes contra a Seguridade Social, especificados em lei própria.

Salienta-se que a lei da década de 60 tipificava, em seu art. 86, a apropriação indébita das contribuições e de outras quaisquer importâncias devidas às instituições e arrecadadas dos segurados ou do público. Posteriormente, em 1966, o artigo 155 da mesma legislação sofreu alterações de modo a equiparar certas condutas aos crimes de sonegação fiscal (então tipificado na Lei nº. 4.729/65), apropriação indébita (artigo 168 do Código Penal), falsidade ideológica (artigo 299 do Código Penal) e estelionato (artigo 171 do Código Penal).

Vez que a Lei nº. 8.212/91 regulou integralmente a matéria objeto da Lei nº. 3.807/60, quedou esta revogada tacitamente.

Todavia, o artigo 95 da Lei nº. 8.212/91 – excepcionadas as alíneas *d*, *e* e *f* – não previa penas, limitando-se a afirmar que as condutas ali elencadas constituíam crimes. Neste sentido, destacou Francisco Dias Teixeira:

Os arts. 86 e 155 da Lei nº 3.807/60 foram substituídos pelo art. 95 da Lei 8.212/91. Porém, o art. 95, ao contrário do art. 155, não se reporta a outros tipos penais preexistentes. O art. 95 limita-se a dizer que aquelas condutas elencadas constituem crime; e o parágrafo 1º diz que, aos crimes previstos nas alíneas "d", "e" e "f" (ou seja: *apropriação indevida de contribuição*) a pena é aquela cominada no art. 5º da Lei nº 7.492/86, que é de dois a seis anos de reclusão.

Quanto às alíneas "a", "b" e "c" (*sonegação fiscal*); "g", "h" e "i" (*falsidade ideológica*); e "j" (*estelionato*) do referido art. 95, não é prevista pena.<sup>43</sup>

Como toda norma penal é integrada por preceito e sanção, a imperfeita redação do referido artigo 95 engendrou profunda discussão doutrinária. Isto porque as alíneas diversas das que foram excepcionadas continuaram recebendo da jurisprudência, por analogia, as penas baseadas nas leis tributárias e penais anteriormente editadas. Entretanto, tal conduta feria o princípio da legalidade, garantido constitucionalmente no artigo 5º., inciso XXXIX, e também no artigo 1º. do Código Penal, dos quais se destaca que não há pena sem prévia cominação legal.

Questões desta ordem tornaram imperioso o surgimento de uma nova legislação que suprisse a aludida omissão, fato este que ocorreu em 2000 com a

<sup>43</sup> TEIXEIRA, Francisco Dias. Crime contra a Previdência Social em face da Lei nº. 9.983/00. In **Boletim dos Procuradores da República**, nº. 30, p. 3.

publicação da Lei nº. 9.983.

Ocorre que o crime de estelionato praticado em detrimento da Previdência Social não fora contemplado pelas alterações trazidas pela Lei n. 9.983/00, a qual inseriu no Código Penal, entre outros, os crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A), *falsum* em detrimento da Previdência (art. 297, §§ 3º e 4º), inserção de dados falsos em sistemas de informações (art. 313-A) e a sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A).

Ademais, esta nova legislação, em seu artigo 3º, revogou expressamente as alíneas do artigo 95 da Lei nº. 8.212/91. Diante da derrogação da legislação anterior, o estelionato previdenciário passou a ser regido pelo artigo 171 do Código Penal cominado com a causa de aumento prevista em seu parágrafo terceiro.

Sobre a Lei nº. 9.983/2000, Francisco Dias Teixeira dispôs:

Esta lei revogou expressamente o art. 95 da Lei nº 8.212/91, com exceção de seu § 2º; e inseriu no Código Penal, a grosso modo, os mesmos tipos então descritos no mencionado art. 95, atinentes a condutas lesivas à Previdência Social. Adotou-se, pois, uma terceira técnica: ao invés de relacionar, na lei previdenciária, as condutas criminosas contra a Previdência Social, reportando-se ao Código Penal apenas quanto à pena, conforme se fez na Lei nº 3.807/60, ou de regular toda a matéria penal na lei previdenciária, conforme tentou-se fazer através da Lei nº 8.212/91, a questão agora passou a ser regulada inteiramente no Código Penal. Parece que a nova técnica revela uma opção política do legislador, objetivando, por um lado, dar maior visibilidade aos crimes praticados contra a Previdência Social, e, por outro lado, colocar essas figuras penais a salvo da instabilidade a que estavam sujeitas na lei previdenciária. Também, sob o aspecto simbólico, parece que sua inserção no Código Penal confere ao tipo um *status* mais elevado na escala da reprovabilidade da conduta.<sup>44</sup>

No mesmo sentido, expôs Euro Bento Maciel Filho:

Induvidosamente, a partir da Lei Federal nº. 9.983/2000, a relação entre o Direito Penal e o Direito Previdenciário, embora já existisse anteriormente – precisamente desde a Lei nº. 3.807, de 26 de agosto de 1960, que primeiramente previu o que se poderia chamar de “crimes previdenciários” –, tornou-se muito mais evidente, muito mais sólida.<sup>45</sup>

Depreende-se, deste modo, a intenção política do legislador dotar de maior censurabilidade a conduta ilícita, antijurídica e culpável praticada em detrimento da

<sup>44</sup> TEIXEIRA, F. D. *Idem*, *ibidem*.

<sup>45</sup> MACIEL FILHO, Euro Bento. **Crimes Previdenciários**: análise crítica dos delitos clássicos contra a previdência social, à luz da Lei n. 9.983, de 14.7.2000, p. 5.

Previdência Social. Tal interesse ressaí da importante função desempenhada pela Previdência Social e os prejuízos que esta vem sofrendo em decorrência das ações dos estelionatários.

Acerca da função da Previdência Social, bem explanou Nelson Bernardes de Souza:

*"Ganharás o pão com o suor de seu rosto". Esta sentença bíblica ecoa no ouvido da humanidade há milênios e o homem não conseguiu, ainda, libertar-se desta condenação. Está destinado a empregar sua capacidade laborativa para poder obter os bens necessários à sua subsistência. Para isso conta com a força bruta de seu corpo e com as energias de sua mente. Ferramentas que se estragam à medida que o organismo biológico envelhece, ou até mesmo antes, diante de acontecimentos imprevisíveis. Está o homem exposto a toda sorte de risco, que a qualquer momento podem minimizar sua força de trabalho, impedindo-o de prover ao seu sustento e de sua família. Necessita então de amparo, de socorro que possibilite a continuação de sua existência sem que se prive do mínimo razoável para sua subsistência. Se não pode obtê-lo pelos seus meios próprios, alguém há de fazer por ele. Surge assim a idéia de socorro mútuo, assistência, finalmente, de previdência, em que o encargo de assistir aos que atingiram o limiar de suas forças ou capacidade é repartido entre todos os membros da coletividade. É a Previdência Social, também chamada por alguns de Seguro Social.*<sup>46</sup>

Por sua vez, em relação ao rombo ocasionado aos cofres do INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social), tem-se uma pesquisa feita pelos Ministérios da Justiça e da Previdência Social, datada de 09 de dezembro de 2003, segundo a qual se apurou que "são pagos por ano R\$ 107 bilhões em benefícios, desses cerca de R\$ 3,15 bilhões são fraudados."<sup>47</sup> Certo é que este montante de benefícios previdenciários fraudados, ou seja, pagos indevidamente em decorrência da atitude de estelionatários, é extremamente elevado. No mesmo sentido, expõe Euro Bento Maciel Filho:

Lamentavelmente, é notório que o INSS não reúne condições para evitar as fraudes de que tem sido vítima (inclusive, como comentado na parte inicial deste trabalho, um dos motivos adotados para justificar o uso do poder coercitivo do Direito Penal como instrumento de combate ao déficit dos sistemas de Previdência é, justamente, o alto número de fraudes contra o sistema). O pior nisso tudo é que, via de regra, o "estelionato previdenciário" não se resume a um único ato, a uma única "vantagem ilícita", visto que,

<sup>46</sup> SOUZA, Nelson Bernardes. Ilícitos Previdenciários: crimes sem pena? **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1495>>.

<sup>47</sup> TRÊS, Celso Antônio. **Teoria Geral do Delito Pelo Colarinho Branco**, p. 190.

rotineiramente, o INSS só descobre a fraude de que foi vítima muitos anos depois.<sup>48</sup>

Não obstante, sendo a Previdência Social regulada pelo binômio contribuintes-beneficiários, o dano patrimonial sofrido pelo INSS é sentido pela parcela considerável da população que efetivamente trabalhou e recolheu as aludidas contribuições por vários anos<sup>49</sup>, ou seja, o delito em tela possui um caráter supra-individual, o que demonstra tratar-se de crime objetivamente grave que merece especial atenção tanto por parte do legislativo quanto do judiciário.

Em relação à fraude contra a Previdência Social e os prejuízos que tal conduta acarreta à sociedade como um todo, é conveniente mencionar o ensinamento de José Ángel Brandariz Garcia:

A fraude não só afeta o desenvolvimento de políticas sociais, vez que redundando em prejuízo de indivíduos concretos. A fraude nas cotizações causa de modo direto um prejuízo ao patrimônio da Segurança Social, o qual vê reduzido os recursos que possui para desenvolver sua política redistributiva e suas ações prestacionais, com o que de fato se produz uma alteração da distribuição de renda.<sup>50</sup>

Sob outro viés, torna-se ainda mais grave a conduta delitiva se for verificada a crise pela qual passa a Seguridade Social. Vislumbra-se um aumento contínuo dos beneficiários com redução dos contribuintes, efeito decorrente da elevação da expectativa de vida e redução da natalidade, bem como da crescente evasão e sonegação do pagamento das contribuições sociais. Visando solucionar tal problema (em especial no que concerne à sonegação das contribuições), a aplicação do Direito Penal se faz necessária. Nas palavras de Euro Bento Maciel Filho:

Com efeito, ao afirmarmos que o Direito Penal é regido pelo princípio da subsidiariedade, que lhes confere o caráter de *ultima ratio*, estamos dizendo, em outras palavras, que a sua intervenção só é legítima quando houver “a certeza de que os demais ramos do Direito se revelam incapazes de solucionar o conflito social e dar proteção a bens jurídicos”.

<sup>48</sup> MACIEL FILHO, E. B. Obra Citada, p. 143.

<sup>49</sup> Emprega-se no nosso país o modelo contributivo, segundo o qual os cidadãos, para que possam gozar no futuro do recebimento de benefícios previdenciários, devem necessariamente contribuir ao sistema por meio do pagamento de contribuições sociais.

<sup>50</sup> BRANDARIZ GARCIA, José Ángel. El Delito de Defraudación a La Seguridad Social. Apud. MACIEL FILHO, E. B. Obra Citada, p. 14. Tradução livre.

Nessa ordem de idéias, indubitável que o uso do Direito Penal para a punição dos crimes previdenciários, embora não seja muito recente, tem se mostrado como uma tentativa quase desesperada para se garantir a eficiência de um sistema praticamente falido; tanto é assim que alguns países, pouco a pouco, vêm recrudescendo o tratamento penal do “criminoso previdenciário” com leis cada vez mais duras, justamente porque não têm conseguido solucionar o problema de outra forma mais “suave”.<sup>51</sup>

Portanto, os doutrinadores vêm se utilizando da retórica, salientando a natureza supra-individual e a falência sistemática da Seguridade Social, para demonstrar a importância de uma maior reprimenda penal. Contudo, verifica-se que se houvesse um maior controle, por exemplo, dos benefícios concedidos pelo Instituto Nacional de Previdência Social, poder-se-ia dispor de uma resposta mais branda a solucionar os problemas destacados. Critica-se, desta forma, a inversão do princípio da intervenção mínima, eis que na falta de organização e fiscalização por parte da autarquia previdenciária, opta-se pela utilização do direito penal.

### 3.2 CONCEITO

Afirmou-se, no capítulo anterior, que estelionato corresponderia ao emprego de meios fraudulentos por parte do sujeito ativo com o objetivo de conseguir, para si ou para outrem, vantagem ilícita economicamente apreciável em prejuízo alheio.

Pois bem, ocorre que o judiciário brasileiro passou a enfrentar, com frequência, a situação de estelionato na qual o sujeito passivo era a Previdência Social. Para se referir a este delito passou a doutrina a utilizar-se da expressão “estelionato previdenciário”.

Assim, pode-se esboçar uma definição do estelionato previdenciário como sendo a fraude praticada contra a Autarquia Previdenciária, por meio de recebimento de parcelas indevidas de aposentadoria, auxílio-doença ou outro eventual benefício concedido pelo INSS, decorrentes basicamente da falsificação de documentos ou de vínculos empregatícios não comprovados.

Luiz Flávio Gomes apresenta uma definição mais sucinta, tratando o

---

<sup>51</sup> MACIEL FILHO, E. B. Obra Citada, p. 4.

estelionato previdenciário como a “percepção de benefício previdenciário mediante fraude”.<sup>52</sup>

Por sua vez, Fábio Zambitte Ibrahim define o estelionato previdenciário da seguinte forma:

É crime contra o patrimônio da seguridade social, sendo o delito *material*, pois sua concretização toma lugar com a obtenção da vantagem indevida, como o recebimento de benefício, oriundo de ardil praticado perante o INSS. É *estelionato qualificado*, apesar de a qualificadora do § 3º. não mencionar expressamente a previdência social, conforme verbete nº. 24 da Súmula de Jurisprudência do STJ.<sup>53</sup>

Verifica-se que a definição proposta por Fábio Zambitte Ibrahim pauta-se na súmula nº. 24 do STJ, a qual dispõe: “aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3º. do art. 171 do Código Penal.” Aludida súmula, entretanto, serve apenas para dirimir eventual dúvida acerca da aplicação da causa de aumento prevista no parágrafo terceiro do artigo 171 do Código Penal, sendo certo que o INSS encaixa-se perfeitamente no conceito de “entidade de assistência social ou beneficiária”.

Por outro lado, contrariando a redação da súmula em tela, o parágrafo terceiro não corresponde a uma qualificadora, mas sim a uma causa de aumento de pena. Neste sentido expõe Cezar Roberto Bitencourt:

O estelionato não apresenta figuras qualificadas, mas prevê a majoração da pena aplicada em um terço (§ 3º.), se a infração é cometida em prejuízo de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.<sup>54</sup>

Euro Bento Maciel Filho corrobora com o posicionamento de Cezar Bitencourt e ainda explana os motivos que fundamentaram a inserção da aludida causa de aumento no Código:

<sup>52</sup> GOMES, Luiz Flávio. Estelionato previdenciário: crime instantâneo ou permanente? Crime único, continuado ou concurso formal? Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8991>>.

<sup>53</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, p. 465.

<sup>54</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**, p.770.



A norma prevista no § 3º, do art. 171, do Código Penal, é uma causa de aumento de pena, não um tipo penal autônomo – muito embora exista uma pequena corrente doutrinária que vê o § 3º, do art. 171, do Código Penal, como uma forma “qualificada” de estelionato –, que se aplica tanto ao estelionato previsto no *caput* quanto às demais modalidades típicas elencadas no § 2º, do art. 171, do Código Penal.

O fundamento desta causa de aumento de pena reside na maior extensão do dano causado pelo fato, vez que a conduta criminosa, aqui, atinge entidades de expressivo interesse coletivo (vale lembrar que o bem jurídico aqui protegido é coletivo, supra-individual), quais sejam, “entidades de direito público” ou “instituto de economia popular” e “instituto de assistência social ou beneficiária”.<sup>55</sup>

Em verdade, enquanto a qualificadora é aquela que altera os patamares - tanto mínimo quanto máximo - da pena base, a causa de aumento não altera tal padrão, tão somente majora a pena quando da terceira fase da dosimetria em *quantum* previamente estipulado pelo legislador. Logo, o acréscimo de um terço previsto no parágrafo terceiro do artigo 171 refere-se a uma causa de aumento de pena.

### 3.3 BEM JURÍDICO E SUJEITOS DO DELITO.

Tratando-se de estelionato, o bem jurídico tutelado pela norma penal é o patrimônio. Entretanto, conforme dito anteriormente, aqui não se protege o patrimônio pessoal, mas sim o patrimônio do INSS que é supra-individual, ou seja, coletivo.

Naquilo que concerne aos sujeitos do delito, vislumbra-se que o sujeito ativo pode ser qualquer indivíduo desde que dotado do dolo específico cujo elemento subjetivo do tipo diverso do dolo corresponde à ação com intuito de obter vantagem ilícita para si ou para outrem. Logo, trata-se de crime classificado como comum.

Por sua vez, o sujeito passivo do estelionato previdenciário não pode ser outro que não o INSS.

---

<sup>55</sup> MACIEL FILHO, E. B. Obra Citada, p. 140-141.

### 3.4 CONSUMAÇÃO DELITIVA

A questão acerca do momento da consumação do delito do estelionato previdenciário acarreta discussões doutrinárias e jurisprudenciais, havendo duas orientações clássicas sobre a matéria: trata-se de delito eventualmente permanente ou crime instantâneo?

Ressalta-se que a análise acerca dos entendimentos adotados pelos Tribunais Superiores Brasileiros constitui o cerne da presente monografia e, por isso, tal discussão será tratada no próximo capítulo.

#### 4. DAS CLASSIFICAÇÕES PENAIS ATINENTES AO ESTELIONATO

O presente estudo possui por finalidade abordar, de forma crítica, a problemática decorrente da natureza do estelionato praticado contra a Autarquia Previdenciária, comumente denominado pela doutrina de “estelionato previdenciário”.<sup>56</sup> Todavia, antes de adentrar no tema específico, oportuna se faz a análise de algumas classificações relativas aos delitos. Salienta-se que o presente trabalho não tem o anseio de expor todas as classificações doutrinariamente aceitas e utilizadas pela dogmática do Direito Penal, mas tão somente tratar daquelas que possuem maior pertinência com o objeto principal. Assim sendo, abordar-se-á a questão do crime continuado, concurso formal, crime permanente, crime instantâneo e instantâneo de efeitos permanentes, crime comissivo e omissivo.

Ressai da lógica, por exemplo, que antes de tecer críticas ao posicionamento predominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ) segundo o qual o estelionato contra a previdência social é crime permanente, convém esposar – mesmo que em breves linhas – o que vem a ser um crime permanente.

Passa-se, então, a esta tarefa introdutória, porém essencial para a compreensão do presente estudo.

##### 4.1 DO CONCURSO DE CRIMES EM CONTINUIDADE DELITIVA

O crime continuado, conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt<sup>57</sup>, tem a sua origem histórica remontada aos séculos XII e XIII, devendo sua formulação aos glosadores e pós-glosadores. Aduz este que os principais pós-glosadores (Jacob de Belvisio, Bartolo de Sassoferrato e Baldo Ubaldis) bem lançaram as bases político-

---

<sup>56</sup> Acerca desta denominação retornar-se-á em momento oportuno (vide item 3.2).

<sup>57</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, vol I, p. 566-567.

criminais do novo instituto que, posteriormente, foi sistematizado pelos práticos italianos dos séculos XVI e XVII.

Ademais, converge a doutrina ao afirmar que o crime continuado decorre da benignidade dos práticos, vez que tal classificação visava tornar menos frequente a imposição da pena de morte para aqueles que praticavam o terceiro furto. Buscava-se, deste modo, mitigar os graves efeitos de determinadas penas.

Ney Fayet Júnior cita Francesco Carrara, o qual assevera que a origem do crime continuado decorria da aludida benevolência: “reside na benignidade dos práticos, os quais não pouparam esforços em fazer menos frequente a pena de morte aquele que cometia o terceiro furto.”<sup>58</sup>

Indiscutível, portanto, é o fato de que os práticos italianos, a quem se atribui efetivamente o mérito da origem da definição de crime continuado, foram buscar inspiração nas construções dogmáticas de seus antecessores (glosadores e pós-glosadores). Assim se desenvolvem as ciências, numa constante evolução, e aqui não seria diferente. Neste sentido, bem resume Ney Fayet Júnior:

Posta a questão nesses termos, temos de concluir, a boas luzes, no sentido de que tanto os glossadores [sic] quanto os pós-glossadores [sic] italianos contribuíram para a estruturação do instituto lançando as suas bases fundamentais que foram solidificadas, ao depois, pelos praxistas. E também podemos afirmar que o escopo que se lhes inspirou, ao desenvolverem o abrandamento do rigor penal por meio da unificação dos delitos era, verdadeiramente, o *favor rei*, para permitir àqueles delinquentes que tivessem praticado terceiro delito de furto, escaparem da pena de morte. Era, em linhas de conclusão, o sentimento *pietatis causa* que impedia a morte do autor do *tertium furtum*.<sup>59</sup>

Ressalta-se, ainda, que o instituto do delito continuado somente alcança expressão legislativa com a contribuição de Feuerbach no Código Penal da Baviera de 1813. No Brasil, por sua vez, embora o Código Criminal do Império (de 1830) seja cronologicamente posterior ao Código da Baviera, aludido instituto somente fora albergado pelo ordenamento pátrio mais tarde, no Código Penal de 1890.

Superadas estas primeiras informações de cunho histórico, imperiosa se faz a análise do crime continuado da forma como disposto no Código Penal em vigor.

<sup>58</sup> CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal: parte general. Apud. FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, p. 27. Tradução livre.

<sup>59</sup> FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, p. 30.

Tem-se que o legislador brasileiro, optando pela interpretação autêntica, trouxe a definição de crime continuado ao ordenamento jurídico. Deveras, o Código Penal, em seu artigo 71, expõe o seguinte:

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

A primeira indagação que se pode fazer é acerca da interpretação relativa aos “crimes da mesma espécie”. Neste ponto, a visão sistemática do Direito Penal ganha realce. Pondera-se que este ramo do ordenamento jurídico tem a finalidade de proteger bens essenciais à vida e/ou à digna subsistência da pessoa, chamados comumente pela doutrina de bens jurídicos, e não simplesmente elencar condutas proibidas. Assim, deve-se entender por “crimes da mesma espécie” aqueles que atingem o mesmo bem jurídico e não, de forma restritiva, como se fossem apenas aqueles que correspondem ao mesmo tipo.

René Ariel Dotti corrobora com a interpretação abrangente acima citada ao lecionar:

Consideram-se da *mesma espécie* não somente aqueles ilícitos previstos na mesma norma incriminadora, mas também, os que ofendem o mesmo bem jurídico e apresentam, pelos fatos que os constituem e pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.<sup>60</sup>

No mesmo sentido, Luiz Regis Prado, espousa que “*crimes da mesma espécie*: são aqueles que, embora não necessariamente descritos pelo mesmo tipo legal, ofendem o mesmo bem jurídico.”<sup>61</sup>

Da definição exposta pelo Código Penal extraem-se elementos clássicos que constituem os requisitos essenciais da figura em exame: pluralidade de condutas, pluralidade de crimes da mesma espécie e nexo de continuidade delitiva. Portanto,

<sup>60</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral, p. 539.

<sup>61</sup> PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito, p. 280.

em apertada síntese, o sujeito deve praticar duas ou mais condutas<sup>62</sup>, tipificadas pelo nosso ordenamento como atinentes a um mesmo bem juridicamente protegido, sob o nexo da continuidade delitiva. Esta última característica é representada pelas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução.

Ademais, com tais requisitos essenciais, vislumbra-se que o ordenamento brasileiro privilegiou a teoria objetiva do crime continuado, isto é, os elementos constitutivos da continuidade delitiva devem ser objetivamente apurados, não havendo que se falar em unidade de desígnio ou unidade de resolução criminosa como requisito caracterizador do crime continuado.

Quanto à natureza jurídica do crime continuado, três teorias ganham especial relevo: teoria da unidade real, teoria da ficção jurídica e teoria da unidade jurídica ou mista.

Para a teoria da unidade real, os vários comportamentos lesivos do sujeito ativo constituiriam um único crime, vez que traduziriam o dolo unitário do agente: uma unidade de intenção que espelharia a unidade de lesão. Exemplificadamente, as condutas seriam como elos de uma mesma corrente. Esse é o pensamento de Inocência Rosa Borges ao exprimir:

É uma pluralidade de ações que, materialmente consideradas, deveriam constituir outros tantos crimes da mesma espécie, mas que se punem como um crime único, por terem sido os fatos cometidos com uma só resolução.<sup>63</sup>

No mesmo sentido é o ensinamento do jurista italiano Emanuele Proto:

O crime continuado é uma unidade real fundada sobre o dolo contido no desígnio criminoso, entendendo-se por desígnio criminoso o conteúdo da vontade investida das luzes da consciência e consistente em uma pluralidade de infrações homogêneas representada em uma trama consequencial na mente do agente.<sup>64</sup>

A teoria da ficção jurídica, por sua vez, prega que a unidade delitiva é decorrente de criação legislativa, vez que a realidade indica a existência de vários

<sup>62</sup> O termo conduta refere-se, neste caso, tanto à ação quanto à omissão.

<sup>63</sup> BORGES, Inocência Rosa. Questões práticas de direito penal. Apud. SZNICK, Valdir. **Delito continuado**, p. 28.

<sup>64</sup> PROTO, Emanuele. Sulla natura giuridica del reato continuato. Apud. SZNICK, V. Obra Citada, p. 30. Tradução livre.

delitos. Até mesmo porque, se deveras fosse um único crime, a pena deveria ser a mesma cominada para um só dos crimes concorrentes.

Por fim, temos a teoria da unidade jurídica ou mista que alega ser o crime continuado uma realidade jurídica, mas a unidade do crime é uma ficção. Tal tese é bem explicada por Cezar Roberto Bitencourt:

Para essa corrente, o crime continuado não é uma unidade real, mas também não é mera ficção legal. Segundo essa teoria, a continuidade delitiva constitui uma figura própria e destina-se a fins determinados, constituindo uma realidade jurídica e não uma ficção. Não se cogita de unidade ou pluralidade de delitos, mas de um terceiro crime, que é o crime de concurso, cuja unidade delituosa decorre de lei.<sup>65</sup>

Vislumbra-se, portanto e em conformidade com a sua origem histórica, que o crime continuado representa um abrandamento da pena ou, nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, “o art. 71 está procurando estabelecer uma atenuação nos casos de menor culpabilidade, por causa da unidade ou continuidade das condições objetivas, que fundamentam o juízo de culpabilidade.”<sup>66</sup>

## 4.2 CONCURSO FORMAL

Esta espécie de concurso é caracterizada pela unidade de conduta (ação ou omissão) e pluralidade de crimes, isto é, haverá concurso formal quando o sujeito ativo, mediante apenas uma conduta, praticar dois ou mais delitos do mesmo tipo ou não.

Pertinente à definição, convém destacar o ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt:

Ocorre o concurso formal quando o agente, mediante uma só conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Nessa espécie

<sup>65</sup> BITENCOURT, C. R. Obra Citada, p. 568.

<sup>66</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral, p. 694.

de concurso há unidade de ação e pluralidade de crimes. Assim, para que haja concurso formal é necessário que exista uma só conduta, embora possa desdobrar-se em vários atos, que são os segmentos em que esta se divide.<sup>67</sup>

Da segunda parte do conceito, vislumbra-se que a conduta pode se desdobrar em diversos atos, desde que a ação seja única. Exemplo clássico adotado pela jurisprudência acerca disso é o roubo contra vítimas diversas, desde que praticado em ação única, isto é, no mesmo contexto fático.

Paulo José da Costa Júnior corrobora com tal alegação ao dispor que o fato da conduta “ser única não impede que haja uma pluralidade de atos que são os segmentos em que se divide a conduta, cada um composto por um movimento corpóreo independente.”<sup>68</sup>

Para finalizar os comentários acerca da definição de concurso formal, cumpre registrar que o legislador brasileiro, novamente optando pela interpretação autêntica, dispõe, no artigo 70 do Código Penal, o seguinte:

Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até a metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante disposto no artigo anterior. Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Vislumbra-se, deste modo, que há diferença em relação à pena a ser aplicada conforme se tenha o aludido “desígnio autônomo” ou não. Assim, em decorrência da divergência no atinente à dosimetria da pena, desenvolveu-se na doutrina a classificação de concurso formal próprio e impróprio.

Eis que o cerne dessa classificação é o denominado “desígnio autônomo”, cumpre verificar a que se refere tal expressão. Destarte, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

“Desígnios autônomos” caracterizam-se pela unidade de ação e multiplicidade de determinação de vontade, com diversas individualizações. Os vários eventos, neste caso, não são apenas um, perante a consciência e

<sup>67</sup> BITENCOURT, C. R. Idem, p. 566.

<sup>68</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Código Penal Anotado**, p.297-298.



a vontade, embora sejam objeto de uma única ação. O agente pode estuprar com a finalidade dupla: satisfazer sua lascívia e transmitir *Aids* à vítima.<sup>69</sup>

Utilizando-se, deste modo, do elemento subjetivo (desígnio autônomo do sujeito ativo), Ney Fayet Júnior dispõe a diferença existente entre o concurso formal próprio do impróprio:

O que se mostra indeclinável à configuração do concurso ideal próprio é a unidade do elemento subjetivo, pois, se o elemento subjetivo doloso se apresentar como plúrimo, o concurso formal denominar-se-á de imperfeito (impróprio), hipótese em que as penas se somarão.<sup>70</sup>

Portanto, para o concurso formal próprio, quando há unidade do desígnio, aplica-se a primeira parte do disposto no artigo 70 do Código Penal, isto é, a regra da exasperação. Por sua vez, para o concurso formal impróprio somam-se as penas, aplicando-se a regra do cúmulo material, conforme previsto na segunda parte do aludido dispositivo legal.

Outrossim, vislumbra-se que o acréscimo oriundo do concurso formal sofre a limitação imposta pelo parágrafo único do artigo em comento. Há expressa vedação legal, portanto, a impossibilitar que a pena calculada utilizando-se deste concurso de crimes supere aquela que seria cabível pela aplicação do concurso material.

Cumprir registrar que a Exposição de Motivos ao Código Penal expõe a lógica dessa limitação, comumente denominada pela doutrina de "concurso material benéfico":

A inovação contida no parágrafo único do art. 70 visa a tornar explícito que a regra do concurso formal não poderá acarretar punição superior à que, nas mesmas circunstâncias, seria cabível pela aplicação do cúmulo material. Impede-se, assim, que numa hipótese de *aberratio ictus* (homicídio doloso mais lesões culposas), se aplique ao agente pena mais severa, em razão do concurso formal, do que a aplicável, no mesmo exemplo, pelo concurso material. Quem comete mais de um crime, com uma única ação, não pode sofrer pena mais grave do que a imposta ao agente que, reiteradamente, com mais de uma ação, comete os mesmos crimes.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**, p. 256.

<sup>70</sup> FAYET JÚNIOR, N. Obra Citada, p. 45.

<sup>71</sup> Exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal: Lei n. 7.209/84, ponto 57.

### 4.3 CRIME PERMANENTE

Conceitua-se crime permanente como sendo aquele no qual, durante certo período temporal, o delito encontra-se em estado de consumação. Recorrendo às lições de Carlos Roberto Bacila temos a definição de crime permanente como aquele cuja “consumação se prolonga (protrai) no tempo”<sup>72</sup>, sendo o seqüestro e o cárcere privado exemplos clássicos adotados pela doutrina.

No mesmo sentido, é o ensinamento de Orlando Mara de Barros:

Crimes permanentes são aqueles em que o momento consumativo se protrai no tempo, por um período mais ou menos dilatado, em consonância com a vontade do agente. É bem de ver que em todo esse período o crime se encontra em estado de consumação. Depreende-se, em ilação final, que o prolongamento desta consumação no tempo está em razão da atividade inicial, isto é, da ação ou omissão do sujeito ativo.<sup>73</sup>

Da definição exposta, verifica-se a existência de um elemento volitivo, qual seja, a consumação poder cessar a qualquer momento pela vontade do agente. Portanto, a situação antijurídica se mantém até quando queira o sujeito ativo.

Sob outro viés, ressalta-se que não se exige, todavia, a permanência do elemento psíquico durante a realização global do delito. Destarte, não cessa a permanência do seqüestro, por exemplo, no momento em que o agente pretende libertar a vítima, mas no exato momento em que a põe em liberdade.

Quanto às classificações adotadas pela doutrina, pode-se destacar a distinção feita entre crime necessariamente permanente e crime eventualmente permanente. Sobre tal classificação, expôs Damásio de Jesus:

Pode-se falar em delito necessariamente permanente quando a conduta delitiva permite, em face de suas características, que ele se prolongue voluntariamente no tempo, de forma que lesa o interesse jurídico em cada um dos seus momentos. Daí dizer-se que há essa espécie de crime quando todos os seus momentos podem ser imputados ao sujeito como consumação. No seqüestro, qualquer fragmento da atividade do sujeito, posterior ao momento inicial, constitui um crime sob o mesmo *nomen jûris*. Nesse crime, qualquer momento posterior ao ato inicial pode ser designado pela forma equivalente ao particípio presente do verbo da figura típica (estar

<sup>72</sup> BACILA, Carlos Roberto. **Síntese de Direito Penal**: parte geral, p. 105.

<sup>73</sup> BARROS, Orlando Mara de. **Dicionário de Classificação de Crimes**, p. 35.

seqüestrando). [...] No segundo (crime eventualmente permanente), a persistência da situação antijurídica não é indispensável, e se ela se verifica, não dá lugar a vários crimes, mas a uma só conduta punível. Ex.: usurpação de função pública (CP, art. 328).<sup>74</sup>

#### 4.4 CRIME INSTANTÂNEO

Crime instantâneo é aquele, conforme leciona Carlos Roberto Bacila, no qual "a consumação se dá num só momento, sem prolongar-se no tempo."<sup>75</sup> No mesmo sentido é a definição de Orlando Mara de Barros, segundo o qual:

Crimes instantâneos são aqueles em que a consumação é constatada em um só instante, embora a ação anterior possa desdobrar-se através de vários momentos distintos, vale dizer, pode ser cindida em várias fases.<sup>76</sup>

Verifica-se, desta forma, que o crime instantâneo é antônimo do crime permanente. Nesse sentido manifesta-se Jorge de Figueiredo Dias, embora prefira a denominação crime duradouro a permanente<sup>77</sup>:

Quando a consumação de um crime se traduza na realização de **um acto** [sic] ou na produção de **um evento cuja duração seja instantânea**, isto é, não se prolongue no tempo, esgotando-se num único momento, diz-se que o crime é *instantâneo*. Por exemplo, o homicídio consuma-se no momento em que se dá a morte da vítima, o furto no momento em que se dá a subtracção da coisa. O crime não será instantâneo, mas antes *duradouro* (também chamado, embora com menor correção, *permanente*) quando **a consumação se prolongue no tempo**, por vontade do autor. Assim, se um estado antijurídico típico tiver uma certa duração e se protrair no tempo enquanto tal for a vontade do agente, que tem a faculdade de pôr termo a esse estado de coisas, o crime será duradouro. Nestes crimes a consumação, anote-se, ocorre logo que se cria o estado antijurídico; só que ela *persiste* (ou *dura*) até que um tal estado tenha cessado.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral, Vol. I, p. 194-195.

<sup>75</sup> BACILA, C. R. Obra Citada, p. 105.

<sup>76</sup> BARROS, O. M. de. Obra Citada, p. 29.

<sup>77</sup> A aludida discussão terminológica não traz qualquer inferência prática ao presente estudo, motivo pelo qual fora apenas citada.

<sup>78</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral, Tomo I, p. 314.

Cumprе ressaltar, contudo, que a instantaneidade não está associada à velocidade com que ocorre a ação, mas sim no que pertine à consumação. Eis o ensinamento de Magalhães Noronha:

O delito é ação, donde, conseqüentemente, a forma desta pode oferecer um critério para sua classificação. Segundo ela, diz-se instantâneo o crime, quando se exaure com o resultado a que está subordinado. A instantaneidade não significa rapidez ou brevidade física da ação, como sói ocorrer com o homicídio, que pode apresentar diversas fases ou fatos, mas cuja consumação se realiza em um instante.<sup>79</sup>

Portanto, crime instantâneo é aquele em que não há continuidade do momento consumativo, ou seja, "a consumação se cumpre num só instante e aí mesmo se esgota."<sup>80</sup>

Logo, para o crime instantâneo importa que a consumação ocorra em um só momento, sem continuidade temporal, independente de a ação desdobrar-se através de uma sequência de atos ou não.

#### 4.4.1 Crime instantâneo de efeitos permanentes

Nesta modalidade, embora a consumação ocorra em um único momento, tratando-se efetivamente de crime instantâneo, os seus efeitos perduram no tempo. Tal situação fora bem explicitada por Aníbal Bruno, que leciona:

É o momento da consumação que dá o caráter instantâneo ao fato criminoso. Pode a situação por ele criada prolongar-se depois da consumação, como acontece no furto. Mas aí o que é permanente é o efeito, não a fase da consumação. Fala-se, então, em *crime instantâneo de efeito permanente*.<sup>81</sup>

Entretanto, especial relevo possui para o presente trabalho (mais importante que o próprio conceito de crime instantâneo de efeito permanente) a distinção entre

<sup>79</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, Vol I, p. 110.

<sup>80</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral, Tomo 2, p. 220.

<sup>81</sup> BRUNO, A. Idem, *ibidem*.

este, crime instantâneo e crime permanente.

O já citado Aníbal Bruno dispõe que os crimes permanentes “diferem dos crimes instantâneos de efeito permanente, porque nestes é o efeito que persiste, naqueles é o próprio momento consumativo.”<sup>82</sup>

Julio Fabbrini Mirabete, por sua vez, elenca as divergências existentes entre crime permanente e crime instantâneo, motivo pelo qual se torna imperiosa a sua transcrição:

A distinção entre essas espécies de crimes é a seguinte: a principal característica do crime permanente é a possibilidade de o agente poder fazer cessar sua atividade delituosa, pois a consumação, nele, continua indefinidamente, enquanto no crime instantâneo, ainda que de efeitos permanentes, a consumação se dá em determinado instante, e não pode mais ser cessada pelo agente porque já ocorrida; Interesse prático da distinção é o de ser possível, de acordo com a legislação processual, a prisão em flagrante quando da consumação do delito. Assim, pode ser preso e autuado em flagrante o autor do seqüestro enquanto a vítima estiver privada de liberdade, já que o crime ainda está sendo praticado (consumado).<sup>83</sup>

#### 4.5 CRIME COMISSIVO

Vertente indispensável para a consumação de um delito é a existência de conduta humana, seja por meio de uma ação ou através de omissão. Assim sendo, o princípio do *nullum crimen sine conducta* pode ser visto como uma garantia jurídica elementar. Neste sentido, expõem Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

O direito pretende regular a conduta humana, não podendo ser o delito outra coisa além de uma conduta. Se admitíssemos que o delito é algo diferente de uma conduta, o direito penal pretenderia regular algo distinto da conduta e, portanto, não seria direito, pois romperia o atual horizonte de projeção de nossa ciência. O princípio *nullum crimen sine conducta* é uma garantia jurídica elementar. Se fosse eliminado, o delito poderia ser qualquer coisa, abarcando a possibilidade de penalizar o pensamento, a forma de ser, as características

---

<sup>82</sup> BRUNO, A. Idem, p. 221.

<sup>83</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral, p. 118.

personais etc.<sup>84</sup>

Entretanto, o termo “conduta” para a seara penal não se refere a qualquer fato humano. Tem-se que o ordenamento jurídico pátrio pauta-se na ideia de vontade, assim sendo, um ato involuntário e mecanicamente reproduzido não traduz a noção de conduta delitiva. Ressalta-se:

Os fatos podem ser humanos (se deles, de qualquer maneira, participa um homem) ou da natureza, em que o homem não participa. Somente nos interessam aqui os fatos humanos, mas nem todo fato em que há participação do homem é uma conduta, porque não é conduta o fato humano em que um homem toma parte como uma mera peça mecânica. Os fatos humanos subdividem-se, pois, em voluntários e involuntários, e os fatos humanos voluntários são, precisamente, as condutas.<sup>85</sup>

Quando a conduta dirigida a um resultado tipicamente ilícito consiste numa ação positiva, isto é, em fazer o que a lei proíbe, tem-se o chamado crime comissivo.

#### 4.6 CRIME OMISSIVO

Conforme explanado acima, a conduta delitiva também pode ser caracterizada por uma omissão, tem-se neste caso uma inação, ou seja, o sujeito deixa de fazer algo que teria obrigação jurídica de realizá-lo. Nestes casos fala-se em crimes omissivos.

Cumprido destacar que os crimes omissivos se dividem em omissivos próprios e omissivos impróprios, sendo esta última classificação também denominada de comissivo por omissão. Acerca destas classificações, leciona Cezar Roberto Bitencourt:

O crime comissivo consiste na realização de uma ação positiva visando um resultado tipicamente ilícito, ou seja, no fazer o que a lei proíbe. A maioria dos crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante é constituída pelos delitos de ação, isto é, pelos delitos comissivos. Já o crime

<sup>84</sup> ZAFFARONI, E. R. e PIERANGELI, J. H. Obra Citada, p.388-389.

<sup>85</sup> ZAFFARONI, E. R. e PIERANGELI, J. H. Obra Citada, p. 392.

omissivo próprio consiste no fato de o agente deixar de realizar determinada conduta, tendo a obrigação jurídica de fazê-lo; configura-se com a simples abstenção da conduta devida, quando podia e devia realizá-la, independentemente do resultado. A inatividade constitui, em si mesma, crime (omissão de socorro). No crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão, a omissão é o meio através do qual o agente produz um resultado. Nestes crimes, o agente responde não pela omissão simplesmente, mas pelo resultado decorrente desta, a que estava, juridicamente, obrigado a impedir (art. 13, § 2º., do CP).<sup>86</sup>

Depreende-se assim que os crimes omissivos próprios se perfazem com a simples abstenção da realização do ato esperado, independentemente do resultado fático. Novamente recorrendo ao ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt, salienta-se que:

Os crimes omissivos próprios consistem simplesmente numa desobediência a norma mandamental, norma esta que determina a prática de uma conduta, que não é realizada. Há somente a omissão de um dever de agir, imposto normativamente, pois, via de regra, os delitos omissivos próprios dispensam a investigação sobre a relação de causalidade, porque são delitos de mera atividade, ou melhor, inatividade.<sup>87</sup>

Já os omissivos impróprios (comissivos por omissão) trazem consigo a noção de garantidor, constante do artigo 13, §2º., do Código Penal. O garantidor pode ser determinado por lei (decorrência da alínea “a” do artigo em tela, ao qual podemos citar a figura da mãe em relação ao seu filho), por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado (conforme alínea “b”, citando como exemplo o “guarda-costas”) e, por fim, aquele que com seu comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado (conforme alínea “c”, citando como exemplo aquele que derruba alguém que não sabe nadar em uma piscina funda deve prestar auxílio para resgatá-lo). Para esta classificação importa o resultado, tratando-se, desta feita, de crime material.

Crimes omissivos impróprios. Nestes crimes o dever de agir é para evitar um resultado concreto. O agente deve agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento. Nos crimes comissivos por omissão (omissivos impróprios) há, na verdade, um crime material, isto é, um crime de resultado, exigindo, consequentemente, a presença de um nexos causal

<sup>86</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, vol I, p. 147.

<sup>87</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**, p.42.

entre a ação omitida (esperada) e o resultado.<sup>88</sup>

Superados estes conceitos introdutórios, entregar-se-á ao estudo do tipo de estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal, para depois adentrar, de fato, na questão do “estelionato previdenciário”.

---

<sup>88</sup> BITENCOURT, C. R. Idem, *ibidem*.



## 5. DIVERGÊNCIAS ENTRE AS CLASSIFICAÇÕES ADOTADAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Há, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, discussão acerca da classificação pertinente ao estelionato previdenciário que melhor indique a natureza do mesmo. Optar por tratar o aludido delito como crime permanente ou crime instantâneo impõe uma série de consequências práticas, em especial no que concerne à prescrição. Neste sentido, aduz Euro Bento Maciel Filho:

Todo o problema gira em torno da exata definição do momento consumativo do “estelionato previdenciário”, visto que a vantagem ilícita auferida pelo agente, via de regra, é recebida em parcelas e, na maioria das vezes, ao longo de anos. Ora, como sabido, a contagem do prazo prescricional se inicia com a consumação do crime, daí a relevância da questão.<sup>89</sup>

Pois bem, tal polêmica torna-se ainda mais problemática ao considerarmos a existência de posicionamentos divergentes dentro das próprias Cortes Superiores Brasileiras. Desta feita, ressalta-se o pensamento de André Lenart, contudo visando uma interpretação mais ampla, vez que aludida situação não está restrita ao STF:

Sabe-se que hoje a única *coisa estável* na jurisprudência do STF é a *instabilidade* – e a cada mudança, bibliotecas inteiras correm o risco de tornar-se peças de museu. Um sinal de imaturidade institucional que tende a enfraquecer à medida que a competência da Corte seja reduzida às dimensões apropriadas, à semelhança do que vigora com relação à Suprema Corte americana e ao *Bundesverfassungsgericht* alemão, e o processo seletivo dos seus membros adquira densidade tangível e maior grau de legitimidade material – participação mais intensa do Parlamento, da Magistratura e dos organismos sociais, por meio de debates e inquirições abertas.<sup>90</sup>

Mesmo diante da ausência de uniformização da jurisprudência brasileira, convém analisar inicialmente os posicionamentos majoritários das duas Cortes Superiores para após tecer comentários críticos acerca dos entendimentos elencados.

<sup>89</sup> MACIEL FILHO, E. B. Obra Citada, p. 142.

<sup>90</sup> LENART, André. Estelionato previdenciário: tipo de consumação permanente ou instantânea? Disponível em: <<http://reservadejustica.wordpress.com/2009/06/13/estelionato-previdenciario-tipo-de-consumacao-permanente-ou-instantanea/>>.

## 5.1 DA POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Até o presente ano de 2009, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) mantinha entendimento pacífico acerca do estelionato previdenciário, no qual se destacava a natureza de delito eventualmente permanente. Em consequência desse posicionamento, pugnavam pela aplicação do artigo 111, inciso III, do Código Penal<sup>91</sup> quando se tratava da prescrição da pretensão punitiva.

Em suma, classificava o estelionato previdenciário como delito eventualmente permanente, sendo o termo *a quo* para a contagem da prescrição a cessação dos recebimentos ilícitos que ocorriam em detrimento da Previdência Social.

As seguintes ementas de julgados corroboram as informações anteriores:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO. FRAUDE PARA RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CRIME PERMANENTE. *DIES A QUO* PARA A CONTAGEM DO LAPSO PRESCRICIONAL. CESSAÇÃO DO RECEBIMENTO DAS PRESTAÇÕES INDEVIDAS. INEXISTÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA.

1. A consumação do crime de estelionato contra a Previdência Social, com a prática de fraude para obtenção de benefício previdenciário de forma sucessiva e periódica, é de natureza permanente.
2. Destarte, o *dies a quo* do prazo prescricional retroativo se dá com a cessação do recebimento do benefício previdenciário (art. 111, inciso III, do CP). Inexistência da prescrição retroativa.
3. Recurso conhecido e provido.<sup>92</sup>

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. ART. 171, § 3º. DO CP. CRIME PERMANENTE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO LAPSO PRESCRICIONAL. CESSAÇÃO DO RECEBIMENTO DAS PRESTAÇÕES INDEVIDAS. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

1. Este Tribunal tem entendido que o estelionato praticado contra a Previdência Social é crime permanente, de ação contínua e indivisível, cuja consumação prolonga-se no tempo, cessando a permanência apenas com o recebimento da última prestação do benefício previdenciário obtido fraudulentamente.
2. Tendo o último recebimento dito fraudulento do benefício previdenciário ocorrido em janeiro de 1995, conclui-se não ter transcorrido o período de 12 anos necessário à configuração da prescrição da pretensão

<sup>91</sup> Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (...) III – nos crimes permanentes, no dia em que cessou a permanência.

<sup>92</sup> Ac. Unân. da 5ª. Turma do STJ, de 25-V-2004, no recurso especial n. 550.237 – PE, Rel. Min. Laurita Vaz.

punitiva.

3. Ordem denegada.<sup>93</sup>

PENAL. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS. CONFIGURAÇÃO DA PERMANÊNCIA. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. ÚLTIMA PARCELA RECEBIDA. NÃO-OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o delito de estelionato contra a previdência é de natureza permanente, ou seja, prolonga-se no tempo, razão por que o marco inicial para a contagem do lapso temporal dá-se a partir do recebimento do último benefício indevido.

2. Consoante estabelece o art. 111, inciso III, do Código Penal, a prescrição, nos crimes permanentes, somente começa a correr no dia em que cessa a permanência, no caso, verificada em dezembro de 2002. Daí por que se impõe o regular processamento da ação penal, pela não-ocorrência da prescrição.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento.<sup>94</sup>

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO CONTRA O INSS. PERCEPÇÃO DE APOSENTADORIA INDEVIDA. ART. 171, § 3º. DO CPB. CRIME PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CESSAÇÃO DO RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO INDEVIDO. ORDEM DENEGADA.

1. Não há divergência, nesta Corte Superior, quanto ao caráter permanente do crime de estelionato praticado contra a Previdência Social, protraindo-se no tempo enquanto durar a percepção do benefício.

2. O termo inicial do prazo prescricional se dá com a cessação do recebimento do benefício previdenciário indevido, nos termos do art. 111, inciso III, do Código Penal.

3. Não se admite o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com base em pena virtual, a dizer, aquela que provavelmente seria fixada em caso de condenação, hipótese não contemplada na legislação de regência.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.<sup>95</sup>

Ocorre que, no julgamento de 10 de março do presente ano, o Desembargador Convocado Celso Limongi decidiu pela natureza instantânea de efeitos permanentes do estelionato previdenciário, mesmo reconhecendo que os precedentes do STJ eram diametralmente opostos ao posicionamento por ele adotado. Salienta-se que a decisão ora em comento fora unânime, sendo o já citado

<sup>93</sup> Ac. Unân. da 6ª. Turma do STJ, de 14-II-2006, no habeas corpus n. 43.353 – SP, Rel. Min. Paulo Gallotti.

<sup>94</sup> Ac. Unân. da 5ª. Turma do STJ, de 28-XI-2007, no recurso em habeas corpus n. 20.968 - SP, Rel. Min. Amaldo Esteves Lima.

<sup>95</sup> Ac. Unân. da 5ª. Turma do STJ, de 24-XI-2008, no habeas corpus n. 90.451 – RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

relator acompanhado pelos votos dos ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes. Cita-se a ementa:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO CONTRA O INSS. PERCEPÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA INDEVIDA (ART. 171, § 3º. DO CP). CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. DELITO CONSUMADO COM O RECEBIMENTO DA PRIMEIRA PRESTAÇÃO INDEVIDA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA PARA DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE.

I. O chamado estelionato contra a Previdência Social (art. 171, § 3º. do Código Penal), deve ser considerado crime instantâneo de efeitos permanentes, razão pela qual se consuma com o recebimento da primeira prestação do benefício indevido, marco que deve ser observado para a contagem do lapso da prescrição da pretensão punitiva.

II. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade da espécie pela prescrição da pretensão punitiva, tal como decidido em primeiro grau de jurisdição.<sup>96</sup>

Cumpre destacar que o posicionamento recentemente assumido pela Sexta Turma do STJ não fora partilhado pela Quinta. Eis que em julgamento posterior àquele que decidiu pela natureza instantânea do estelionato previdenciário, a Quinta Turma apreciou o agravo regimental no agravo de instrumento n. 975.339 – AM, reafirmando o seu entendimento pelo caráter permanente do delito em comento.

Vislumbra-se, deste modo, a ausência de uniformidade entre as aludidas Turmas, resultando a decisão de eventual recurso condicionada mais à sorte que à justiça, vez que o sucesso ou fracasso do mesmo se verifica quando da distribuição, momento no qual o advogado da parte saberá se o posicionamento por ele defendido é o compartilhado pela correspectiva Turma.

## 5.2 DA POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Da análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em relação ao estelionato previdenciário, vislumbra-se que não havia – inicialmente – uniformidade de julgamentos. Deste modo, alguns ministros adotavam a tese de

---

<sup>96</sup> Ac. Unân. da 6ª. Turma do STJ, de 10-III-2009, no habeas corpus n. 121.336 – SP, Rel. Min. Celso Limongi.

crime permanente, enquanto outros pugnavam pelo caráter de crime instantâneo de efeitos permanentes. Seguem alguns julgados que confirmam esta alegação:

PREScrição – APOSENTADORIA – FRAUDE PERPETRADA – CRIME INSTANTÂNEO DE RESULTADOS PERMANENTES *VERSUS* CRIME PERMANENTE – DADOS FALSOS. O crime consubstanciado na concessão de aposentadoria a partir de dados falsos é instantâneo, não o transmutando em permanente o fato de terceiro haver sido beneficiado com a fraude de forma projetada no tempo. A óptica afasta a contagem do prazo prescricional a partir da cessação dos efeitos – artigo 111, inciso III, do Código Penal. Precedentes: *Habeas Corpus* nºs 75.053-2/SP, 79.744-0/SP e Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 83.446-9/RS, por mim relatados perante a Segunda Turma – os dois primeiros - e a Primeira Turma – o último -, cujos acórdãos foram publicados no Diário da Justiça de 30 de abril de 1998, 12 de abril de 2002 e de 28 de novembro de 2003, respectivamente.<sup>97</sup>

ESTELIONATO QUALIFICADO (CP, ART. 171, § 3º). FRAUDE NA PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO.

1. Cuidando-se de estelionato qualificado – fraude contra o INPS – que visou o recebimento de benefício previdenciário a terceiro, não há cogitar do crime de certidão ou atestado ideologicamente falso. Quanto à prescrição, dada a natureza permanente da conduta, o prazo começa a fluir a partir da cessação da permanência e não do primeiro pagamento do benefício. Precedente (HC 83.252).
2. HC indeferido.<sup>98</sup>

*HABEAS CORPUS*. PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL (ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). CRIME PERMANENTE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. A análise sobre a correta tipificação dos atos praticados pelo Paciente esbarra na inadequação da via eleita, em flagrante transformação do *habeas corpus* em revisão criminal.
2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o crime de estelionato praticado contra a previdência social tem natureza permanente, e, por isso, o prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não do primeiro pagamento do benefício.
3. Não-ocorrência da prescrição retroativa.
4. *Habeas corpus* denegado.<sup>99</sup>

Todavia, a partir do *habeas corpus* nº. 90.684-2 (RJ)<sup>100</sup>, assumiu

<sup>97</sup> Ac. Unân. da 1ª. Turma do STF, de 02-VIII-2005, no *habeas corpus* n. 84.998 – RS, Rel. Min. Marco Aurélio.

<sup>98</sup> Ac. Unân. da 2ª. Turma do STF, de 17-VIII-2004, no *habeas corpus* n. 83.967-3 – SP, Rel. Min. Ellen Gracie.

<sup>99</sup> Ac. Unân. da 1ª. Turma do STF, de 18-XII-2006, no *habeas corpus* n. 89.925-1 – RS, Rel. Min. Cármen Lúcia.

característica de majoritário o posicionamento de que se trata de crime instantâneo de efeitos permanentes. Eis a ementa da decisão:

AÇÃO PENAL. Prescrição da pretensão punitiva. Ocorrência. Estelionato contra a Previdência Social. Art. 171, § 3º., do CP. Uso de certidão falsa para percepção de benefício. Crime instantâneo de efeitos permanentes. Diferença do crime permanente. Delito consumado com o recebimento da primeira prestação do adicional indevido. Termo inicial de contagem do prazo prescritivo. Inaplicabilidade do art. 111, III, do CP. HC concedido para declaração da extinção da punibilidade. Precedentes. É crime instantâneo de efeitos permanentes o chamado estelionato contra a Previdência Social (art. 171, § 3º., do Código Penal) e, como tal, consuma-se ao recebimento da primeira prestação do benefício indevido, contando-se daí o prazo de prescrição da pretensão punitiva.<sup>101</sup>

Vislumbra-se, portanto, que o STF mantém posicionamento firmado no sentido de tratar de crime instantâneo de efeitos permanentes ao passo que o STJ, majoritariamente, atribui a natureza de delito permanente ao estelionato previdenciário.

### 5.3 DA CRÍTICA AOS POSICIONAMENTOS ADOTADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Verificou-se, nos itens anteriores, que o momento em que se consuma o delito conhecido pela designação de estelionato previdenciário é objeto de discussão pela jurisprudência, adotando-se dois posicionamentos básicos diametralmente opostos. Assim sendo, certo é que a doutrina – importante fonte de Direito – também se manifesta acerca do tema, surgindo deste modo diversas críticas.

<sup>100</sup> Vide: JURISCONSULTO. 2ª. Turma do STF entende que estelionato contra o INSS é crime instantâneo. Disponível em: <<http://estudosjuridicos.wordpress.com/2007/09/17/2%C2%AA-turma-do-stf-entende-que-estelionato-contra-o-inss-e-crime-instantaneo/>>.

<sup>101</sup> Ac. Unân. da 2ª. Turma do STF, de 14-VIII-2007, no habeas corpus n. 90.684-2 – RJ, Rel. Min. Cezar Peluso.

### 5.3.1 Do estelionato previdenciário como crime permanente

Em conformidade com o entendimento majoritário do STJ, trata-se de crime eventualmente permanente a percepção ilícita de prestações contínuas e mensais ao longo do tempo. Seguindo esta posição, o crime estaria a se protrair no tempo, isto é, durante o período em que o agente estivesse recebendo o benefício previdenciário indevido o crime estaria se consumando. Destarte, o início do prazo prescricional pautar-se-ia na data do recebimento da última parcela indevida (quando teria cessado a permanência), havendo aplicação do artigo 111, inciso III, do Código Penal.

No item 4.3 da presente monografia, destacou-se que crime permanente é aquele que se protrai no tempo e, durante este transcorrer, o delito se encontra em estado de consumação. Ademais, ressaltou-se o aspecto volitivo consistente na possibilidade de cessar a consumação a qualquer momento. Pois bem, a partir destas duas considerações são fundamentadas as principais críticas feitas pela doutrina acerca da não configuração de permanência quando se trata de estelionato previdenciário.

Destaca-se, inicialmente, que não há afronta permanente ao bem jurídico tutelado, eis que este é lesado apenas uma vez a cada mês. Logo, haveria interrupção do momento consumativo, fenômeno este não atinente à classificação de crime permanente. Assim se manifesta Gino Sérgio Malta Lôbo:

Transportando tais noções para o estelionato previdenciário, que se caracteriza pela percepção de benefício previdenciário mediante fraude, ocorrendo, de regra, uma sucessão de recebimentos indevidos por parte do beneficiário, observa-se que não há uma ação contínua por parte do agente, de tal forma que o bem jurídico protegido esteja sendo lesado permanentemente. Considerando que a lesão só ocorre uma vez a cada mês, não há que se falar em permanência.<sup>102</sup>

No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes:

Já não basta, assim, dizer que permanente é o crime cuja consumação se

<sup>102</sup> LÔBO, Gino Sérgio Malta. Estelionato previdenciário: crime instantâneo. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/junho/0806/ARTIGOS/A09.htm>>.

prolonga no tempo. Com maior precisão impõe-se conceituar: permanente é o crime cuja consumação *sem solução de continuidade* se prolonga no tempo.

No estelionato previdenciário (fraude na obtenção de benefício dessa natureza) a lesão ao bem jurídico (patrimônio do INSS) não se prolonga continuamente (sem interrupção) no tempo. Trata-se de lesão instantânea.<sup>103</sup>

Gino Sérgio Malta Lôbo ainda destaca a impossibilidade de se dizer que a conduta do sujeito ativo é contínua, eis que este manteria em erro a autarquia previdenciária e, deste modo, poder-se-ia classificar o delito como permanente. Deveras, para designar de permanente um estelionato necessário se faz que o binômio vantagem ilícita/prejuízo alheio (momento no qual se consuma o delito, conforme abordado no item 2.5) seja permanente, não sendo isto o que ocorre no estelionato previdenciário. Nas palavras do aludido autor:

Nem se afirme que o beneficiário está a manter em erro a autarquia previdenciária, sendo esta a sua ação contínua que qualifica o crime como permanente. Há nesta afirmação um grave erro, uma vez que a consumação do estelionato dá-se com a obtenção da vantagem, e não com a indução ou manutenção em erro. Para qualificar-se o crime como permanente era preciso que a obtenção da vantagem é que fosse permanente.<sup>104</sup>

Em relação à possibilidade de o agente cessar a consumação delitiva a qualquer momento<sup>105</sup>, tal fato não se vislumbra no estelionato previdenciário derivando desta característica outra crítica ao posicionamento adotado majoritariamente pelo STJ.

Depreende-se que o agente não pode cessar a consumação do delito, vez que, com o recebimento da vantagem ilícita (benefício previdenciário indevido) em detrimento do patrimônio alheio (patrimônio do INSS), o delito já estará consumado. Dispõe Paula Bajer Fernandes Martins da Costa:

Ainda lembrando Mirabete, tem-se que “a principal característica do crime permanente é a possibilidade de o agente poder fazer cessar sua atividade

---

<sup>103</sup> GOMES, L. F. Obra Citada.

<sup>104</sup> LÔBO, G. S. M. Obra Citada.

<sup>105</sup> Característica comum dos crimes permanentes, tal qual ressaltada no item 2.3 do presente trabalho.



*delituosa, pois a consumação, nele, continua indefinidamente, enquanto no crime instantâneo, ainda que de efeitos permanentes, a consumação se dá em determinado instante, e não pode mais ser cessada pelo agente porque já ocorrida*” (op. Cit. vol. I, p.125). O estelionato praticado contra a previdência é crime instantâneo. Mesmo que o agente comunique a sua fraude à autarquia previdenciária, o estelionato já terá ocorrido, ter-se-á consumado.<sup>106</sup>

Esses argumentos fizeram com que a doutrina majoritária entendesse pela natureza instantânea do estelionato previdenciário. Neste sentido:

A solução jurisprudencial que vê, no estelionato contra a previdência, como em qualquer outro estelionato, crime instantâneo é adequada e justa. Não pode a fixação da data de cometimento do delito ser determinada pelo momento em que o INSS, descobrindo a fraude, cancela as prestações. Data do crime, para todos os efeitos, é aquela em que foi praticado. A prática do crime se dá no momento em que é protocolado o pedido de aposentadoria instruído com documentos fraudulentos. A consumação do crime se dá no momento em que a primeira parcela é recebida.<sup>107</sup>

Da mesma forma, Fábio Zambitte Ibrahim:

Há grande divergência sobre a natureza deste ilícito (estelionato previdenciário): crime permanente, continuado ou instantâneo? O melhor entendimento caminha no sentido do caráter instantâneo do crime. Obtida a vantagem ilícita mediante insídia, mesmo que venha a ser paga em várias parcelas, como uma aposentadoria, já estará configurado plenamente o crime, desde o primeiro pagamento.<sup>108</sup>

Acerca do exposto por Fábio Zambitte Ibrahim, há que se fazer uma ponderação. Vislumbra-se que o referido autor, traz a lume a possibilidade de se tratar de crime permanente, continuado ou instantâneo. Ora, seria antagônico classificar um delito, simultaneamente e num caso concreto, como permanente e instantâneo. Contudo, nenhuma incompatibilidade existe entre crime instantâneo ou permanente em relação à continuidade delitiva. Deveras, o crime instantâneo, por exemplo, pode ser continuado se reiterado e o *modus operandi* obedecer às mesmas condições de tempo-espço.

Em todo caso, superada a exposição acerca da não configuração de crime permanente, convém passarmos à análise das outras possíveis classificações.

<sup>106</sup> COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Prescrição no estelionato contra a previdência. In **Boletim dos Procuradores da República**, nº. 9, p. 28.

<sup>107</sup> COSTA, P. B. F. M. da. Idem, p. 27.

<sup>108</sup> IBRAHIM, F. Z. Obra Citada, p. 466.

### 5.3.2 Do estelionato previdenciário como crime instantâneo de efeitos permanentes

Conforme exposto anteriormente, a jurisprudência predominante do STF, pugna pela constatação do estelionato previdenciário como crime instantâneo de efeitos permanentes. Acredita-se que tal posicionamento também não seja o mais acertado.

Para os que defendem a ideia de se tratar de crime instantâneo de efeitos permanentes, ter-se-ia a consumação com o primeiro recebimento indevido, sendo as parcelas sucessivas mero exaurimento do crime. Nesse sentido, Euro Bento Maciel Filho:

Desta maneira, ainda que o agente venha a receber um benefício previdenciário, indevidamente, por vinte anos, o fato é que o crime já tinha se consumado quando do recebimento da primeira parcela. O recebimento das demais parcelas, neste contexto, constitui mero exaurimento do crime, sem nenhuma relevância penal<sup>109</sup>.

Deste modo, o estelionato previdenciário consumir-se-ia na data do recebimento da primeira parcela (quedando demonstrada a eficácia do meio fraudulento empregado, bem como constituindo o binômio vantagem ilícita/prejuízo alheio), sendo os recebimentos sucessivos mero exaurimento do crime.

Ora, a crítica inicial a este posicionamento é no sentido de que há ausência de individualização das condutas, de modo que não se haveria de falar em mero exaurimento do crime em relação às demais parcelas. Como este assunto será mais bem abordado no tópico relativo ao estelionato previdenciário como crime instantâneo continuado, convém agora ressaltar tão simplesmente que, embora o primeiro recebimento tenha ocorrido mediante, como sói acontecer na maioria dos casos, uma ação (entrega de um documento falso, por exemplo), as demais parcelas só continuam a ser pagas em decorrência da omissão do estelionatário que, mantendo a autarquia previdenciária em erro, volta a receber vantagem ilícita em prejuízo alheio.

Ademais, tem-se que a classificação de delito instantâneo de efeitos permanentes é, em geral, pensada para tipos penais como o homicídio. Isto é,

---

<sup>109</sup> MACIEL FILHO, E. B. Obra Citada, p. 145.

ocorrida a ação delitiva (no caso citado, matar alguém), os seus efeitos não podem ser mudados. Entretanto, não é o que ocorre no caso objeto deste estudo, eis que caberá ao INSS deixar de conceder o benefício, bem como requisitar a restituição dos valores indevidamente recebidos pelos meios cabíveis. Assim sendo, além da possibilidade de se acabar com os efeitos que seriam permanentes (vez que a Previdência Social deixará de pagar o benefício indevido), estes podem ser alterados (mediante a restituição do *quantum* indevidamente recebido).

Por fim, salienta-se a questão da prescrição. Em se tratando de crime instantâneo, incide o artigo 111, inciso I, do Código Penal. Referido artigo dispõe que a prescrição começa a contar do dia em que o crime se consumou. Desta feita, considerando que a consumação delitiva ocorre com o primeiro recebimento indevido e que as demais parcelas seriam mero exaurimento do estelionato previdenciário, poder-se-ia ter a absurda situação do estelionatário estar recebendo benefício indevido, mas não se poder iniciar a *persecutio criminis*, eis que já estaria configurada a prescrição e, portanto, extinta a punibilidade nos termos do artigo 107, inciso IV, do supracitado ordenamento legislativo<sup>110</sup>.

### 5.3.3 Do estelionato previdenciário como crime instantâneo em concurso formal

Além das correntes majoritárias dos tribunais superiores brasileiros, as quais pugnam pela classificação do estelionato previdenciário como crime permanente e crime instantâneo de efeitos permanentes, outras possíveis classificações são indicadas para dispor acerca da natureza jurídica do tipo em comento.

O ministro Cezar Peluso, de forma recorrente em seus julgados, indica a possibilidade de se tratar de concurso formal ou crime continuado:

Os fatos sucessivos, ou seja, os recebimentos do benefício previdenciário mês a mês, poderiam, em tese, se os houvesse descrito ou narrado a denúncia, configurar crimes autônomos de estelionato, concatenados em concurso formal ou em continuidade delitiva, pois terá o paciente realizado, a cada mês, outra ação, agora já não induzindo, mas, sim, mantendo em

<sup>110</sup> Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (...) IV – pela prescrição, decadência ou preempção.

erro a Seguridade Social, para receber o benefício indevido.<sup>111</sup>

Ocorre que ao fundamentar o seu posicionamento, o próprio ministro acaba por excluir a possibilidade de concurso formal, eis que alega que haverá uma outra ação a cada mês. Rememore-se que, tal qual tratado no item 4.2 da presente monografia, o concurso formal é caracterizado pela unidade de conduta e pluralidade de crimes, isto é, o sujeito mediante uma única conduta pratica dois ou mais delitos do mesmo tipo ou não. Ora, se a cada mês haverá uma nova ação não há que se falar em unidade de conduta.

Registre-se que em relação à classificação do estelionato previdenciário como concurso formal, encontra a doutrina em Luiz Flávio Gomes um dos seus defensores. Aduz o autor em comentário que, em decorrência de uma única conduta, são produzidos vários resultados jurídicos, quais sejam, os diversos recebimentos indevidos. Assim quedaria evidenciado o concurso formal. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes:

Quem, com uma só conduta fraudulenta (dotada de periculosidade *ex ante*), produz vários resultados jurídicos (lesões ao bem jurídico tutelado, em contextos fáticos e momentos distintos), responde por *concurso formal de crimes*. O estelionato previdenciário reiterado, consistente no recebimento de parcelas mensais, configura, por *consequente*, hipótese de *concurso formal* (CP, art. 70). A prescrição, conseqüentemente, conta-se consoante o disposto no art. 119 do CP, que diz: “No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.”<sup>112</sup>

Contudo, como já ressaltado anteriormente, não há no estelionato uma única ação, mas sim uma pluralidade delas. A primeira na forma comissiva, as demais omissivamente. Logo, inaplicável a regra do concurso formal (artigo 70 do Código Penal) para o estelionato contra a Previdência Social.

---

<sup>111</sup> Cf. fls. 5-6 do voto proferido pelo Rel. Min. Cezar Peluso quando do julgamento do HC n. 85.601-2 – SP, de 06 nov. 2007. No mesmo sentido, destacam-se: HC 82.965-1 – RN, de 12 fev. 2008; HC 90.684-2 – RJ, de 14 ago. 2007.

<sup>112</sup> GOMES, L. F. Obra Citada.

#### 5.3.4 Do estelionato previdenciário como crime instantâneo em continuidade delitiva

Diante das críticas já apresentadas, acredita-se que a classificação do estelionato em detrimento da Previdência Social como crime instantâneo e continuado (artigo 71 do Código Penal) é a mais acertada. Justifica-se.

O Procurador da República Gino Sérgio Malta Lôbo, ao comentar recurso criminal do Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, expôs:

Como consequência da admissão do estelionato previdenciário como um crime instantâneo, segue que não pode ser ele considerado um crime único abrangente de todos os recebimentos. As alternativas apontadas dividem-se entre considerá-lo consumado com o primeiro recebimento, sendo os demais mero exaurimento, considerar a hipótese como sendo de crime continuado ou, por fim, como ocorrendo um concurso formal de crimes.<sup>113</sup>

Portanto, rechaçada a ideia de se tratar de crime permanente, tem-se outras três possibilidades: crime instantâneo de efeitos permanentes, concurso formal e crime continuado. Nos tópicos anteriores foram abordadas as críticas aos dois primeiros posicionamentos, cabendo agora a análise do crime continuado.

Destaca-se que o próprio Gino Sérgio Malta Lôbo, não se posiciona em definitivo sobre a questão, todavia descarta a aplicação de concurso formal para o estelionato previdenciário:

Tal posição (concurso formal) não tem como prosperar já que parte de uma afirmação absolutamente divorciada da realidade, qual seja: a de que os diversos resultados jurídicos provêm de uma só conduta anterior. Ora, sem o concurso da ação do beneficiário não há recebimento, muito menos resultado jurídico. Há várias condutas por parte do beneficiário, o qual age para receber cada uma das parcelas. O fato destas serem colocadas a disposição por conta de uma única conduta no passado, que induziu a autarquia previdenciária em erro, não afasta a relevância das condutas do beneficiário, já que sem estas nem sequer haveria estelionato. A solução há de estar ou com a corrente que entende consumir-se o crime com o primeiro recebimento, sendo os demais resultados lesivos meros exaurimento, ou com a que entende ser a hipótese de crime continuado.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> LÔBO, Gino Sérgio Malta. Estelionato previdenciário: crime instantâneo. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/junho/0806/ARTIGOS/A09.htm>>.

<sup>114</sup> LÔBO, G. S. M. Idem.

De fato, o beneficiário só continua recebendo a vantagem previdenciária indevida, eis que mantém em erro o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Sendo a conduta omissiva de “manter em erro” elemento constitutivo do delito do estelionato, não há que se cogitar em conduta única, mas sim em pluralidade de ações.

Assim, a primeira conduta delitiva se dá, em geral, por uma ação (entrega de documento falso<sup>115</sup>, por exemplo) que tem por intuito induzir em erro a autarquia previdenciária e, desta forma, justifica-se a incriminação do primeiro recebimento indevido. Os demais recebimentos constituem crimes autônomos, vez que decorrentes de omissão juridicamente reprovável e que mantém em erro a aludida autarquia.

Em relação à manutenção em erro decorrente da omissão do beneficiário, há quem suscite que isto não é conduta típica, eis que o estelionato dar-se-ia ou por ação ou por omissão, mas não havendo entre as omissões qualquer relação com a conduta anterior. Neste sentido, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa:

Não se pode dizer que, na medida em que o beneficiário não comunica a fraude ao INSS, esteja mantendo em erro a autarquia. Isso porque a conduta típica, no estelionato, ou é por ação, ou é por omissão. Não podem, a ação e a omissão, ocorrer ao mesmo tempo, como também não podem ser sucessivas. Aliás, quanto à modalidade “manter” em erro, prevista no tipo penal do art. 171 do Código Penal, afirma ainda Mirabete: *“A conduta típica é induzir ou manter alguém em erro. No primeiro caso, o agente toma a iniciativa de causar o erro, levando a vítima à falsa representação da realidade. No segundo, preexistindo o erro em que a vítima incorreu por qualquer acidente, o agente prolonga-o, não o desfaz, aproveitando-se dele”* (Op. cit., p.297) Vê-se, assim, que o manter não tem qualquer sentido de permanência de conduta ativa anterior, mas de omissão no desfazer de equívoco gerado acidentalmente.<sup>116</sup>

Acredita-se que tal alegação não deve prosperar, eis que o ordenamento jurídico pátrio prevê a existência de crimes omissivos impróprios (comissivos por omissão).

---

<sup>115</sup> Ressalta-se a Súmula n. 17 do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

<sup>116</sup> COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Prescrição no estelionato contra a previdência. In **Boletim dos Procuradores da República**, nº. 9, p. 28.

Conforme disposto no item 4.6 desta monografia, os crimes classificados como omissivos impróprios trazem consigo a noção de garantidor, constante do artigo 13, §2º., do Código Penal. O garantidor pode ser determinado por lei (decorrência da alínea “a” do artigo em tela, ao qual podemos citar a figura da mãe em relação ao seu filho), por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado (conforme alínea “b”, citando como exemplo o “guarda-costas”) e, por fim, aquele que com seu comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado (conforme alínea “c”).

Pois bem, entende-se que o sujeito ativo do estelionato previdenciário se enquadra, perfeitamente, no disposto no artigo 13, §2º., “c”, do Código Penal, eis que com uma conduta pretérita deu azo à ocorrência do resultado e, por isso, tem o dever de garantidor de evitá-la. Assim, mantendo em erro a autarquia previdenciária e, desta feita, recebendo vantagem ilícita indevida, consuma-se outro estelionato. Este, entretanto, por possuir os elementos clássicos que constituem os requisitos essenciais à continuidade delitiva (pluralidade de condutas, pluralidade de crimes da mesma espécie e nexo de continuidade delitiva) deve fazer incidir o disposto no artigo 71 do Código Penal.

Considera-se, portanto, que a melhor classificação atinente ao estelionato previdenciário refere-se à natureza instantânea em continuidade delitiva.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente monografia buscou-se abordar a polêmica relativa à natureza jurídica do estelionato praticado em detrimento da autarquia previdenciária, assunto este controverso e bastante discutido pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Para tanto, iniciou-se o trabalho com um capítulo para a apreciação do estelionato fundamental, tal qual previsto no *caput* do artigo 171 do Código Penal. Os elementos constitutivos deste, o bem jurídico tutelado, os sujeitos do delito, bem como o momento consumativo e a possibilidade de tentativa foram apreciados em tópicos próprios.

Superado este capítulo, adentrou-se no objeto principal da monografia. Salientou-se a importância do tema, trazendo a lume a gravidade tanto quantitativa como qualitativa da prática do estelionato em detrimento da Previdência Social, bem como fora exposta a definição do delito, sua previsão legal, delineamentos históricos e demais particularidades.

Subsequente, despendeu-se a análise das classificações penais pertinentes ao tema (crime continuado, concurso formal, crime permanente, crime instantâneo e crime instantâneo de efeitos permanentes, crimes comissivos e omissivos), ressaltando as peculiaridades e características de cada uma delas, vez que serviriam de fundamento para as críticas que posteriormente foram feitas às classificações adotadas para o delito objeto desta monografia.

Por fim, quando da análise das classificações apontadas pela jurisprudência e pela doutrina pátria, entendeu-se como mais acertado o posicionamento que alega tratar-se de crime instantâneo em continuidade delitiva, bem como se destacou a inadequação das classificações expostas tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto pelo Supremo Tribunal Federal.

Em todo caso, vislumbra-se a necessidade de se exigir da autarquia previdenciária que atue com maior presteza quando da verificação dos documentos, bem como revise com certa periodicidade os benefícios concedidos, eis que deste forma diminuir-se-ia a ocorrência do delito em tela.

Acredita-se, portanto, que o estelionato previdenciário pode ser reduzido por



intermédio da atuação mais detalhada e precisa da Previdência Social quando da análise dos documentos apresentados para a requisição de benefícios, bem como por meio da regular e periódica revisão dos benefícios concedidos.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. 2 ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Síntese de Direito Penal**: parte geral. 2 ed. Curitiba: JM Editora, 1997.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o Sistema Financeiro Nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROS, Orlando Mara de. **Dicionário de Classificação de Crimes**. 6 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1993.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: texto integral. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**: parte especial. IIIv. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Iv. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Tomo 2: fato punível. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial. Ilv. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Perfil, 2005.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Prescrição no estelionato contra a previdência. In **Boletim dos Procuradores da República**. Ano I. N. 9. Janeiro de 1999.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 7 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**: parte geral. Tomo I. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FAYET JUNIOR, Ney. **Do crime continuado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Estelionato previdenciário: crime instantâneo ou permanente? Crime único, continuado ou concurso formal? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n.1188, 2 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8991>>. Acesso em 15 jul. 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. Ilv. 4 ed. rev., ampl e atual. Niterói: Impetus, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 13 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte geral. Iv. 28 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

JURISCONSULTO. 2ª. Turma do STF entende que estelionato contra o INSS é crime instantâneo. **Estudos Jurídicos**. Disponível em: <<http://estudosjuridicos.wordpress.com/2007/09/17/2%C2%AA-turma-do-stf->

entende-que-estelionato-contra-o-inss-e-crime-instantaneo/>. Acesso em 16 jul. 2009.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena**. Curitiba: Juruá, 1995.

LENART, André. Estelionato previdenciário: tipo de consumação permanente ou instantânea? **Reserva de Justiça**. Disponível em: <<http://reservadejustica.wordpress.com/2009/06/13/estelionato-previdenciario-tipo-de-consumacao-pemanente-ou-instantanea/>>. Acesso em 15 jul. 2009.

LÔBO, Gino Sérgio Malta. **Jur. Comentada 1252/2001**: Penal. Estelionato previdenciário. Crime instantâneo. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/junho/0806/ARTIGOS/A09.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2008.

MACIEL FILHO, Euro Bento. **Crimes Previdenciários**: análise crítica dos delitos clássicos contra a previdência social, à luz da Lei n. 9.983, de 14.7.2000. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial. Arts. 121 a 234 do CP. Ilv. 24 ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 23 ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Iv. 33 ed. rev e atual por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**. Ilv. 29 ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 3.ed. ref. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte especial. Arts. 121 a 183. Ilv. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal**: curso completo. Parte geral. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TEIXEIRA, Francisco Dias Teixeira. Crime contra a Previdência Social em face da Lei n. 9.983/00. In **Boletim dos Procuradores da República**. Ano III. N. 30. Outubro de 2000.

TRÊS, Celso Antônio. **Teoria Geral do Delito Pelo Colarinho Branco**. Curitiba: Imprensa Oficial, 2006.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Apropriação Indébita e Estelionato**: indagações, doutrina, jurisprudência e prática. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1979.

SOUZA, Nelson Bernardes. Ilícitos Previdenciários: crimes sem pena? **Jus Navegandi**, Teresina, ano 1, n. 9, mar. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1495>>. Acesso em 23 jul. 2009.

SZNICK, Valdir. **Delito continuado**. São Paulo: Max Limonad, [1986].

ZANGARI, Mário. **Do Estelionato**: doutrina e prática. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S/A [1958].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.